# LEHRBUCH DER GESCHICHTE DES RÖMISCHEN RECHTS

Henricus Aemilius Augustus Danz




ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG SIGILLVM
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany

# Lehrbuch
## der Geschichte des
# römischen Rechts

von

August Heinrich Emil
Dr. H. A. A. Danz,
Ordinarius der Juristenfacultät und Oberappellationsgerichtsrath in Jena.

Zum Gebrauche bei Vorlesungen.

## Zweiter Theil.

Zweite vermehrte Auflage.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1873.

# Inhalt des zweiten Theiles.

## Drittes Buch.

## Obligationenrecht.

## Viertes Buch.

## Vom Erbrecht.

### Titel I.

### Civilerbrecht.



#### Capitel I.

#### Die domestica hereditas.



#### Capitel II.

#### Die Nachlaßansprüche aus officium und das neuere Notherbrecht aus dem Gesichtspunkte des officium.



#### Capitel III.

#### Vom testamentarischen Erbrechte. (Testamentaria hereditas.)



#### Capitel IV.

#### Vom Civilintestaterbrechte oder der legitima hereditas.



#### Capitel V.

#### Von der Acquisition.



### Titel II.

### Prätorisches Erbrecht.

#### Capitel I.

#### Bonorum possessio im Allgemeinen.

## Capitel II.

### Die einzelnen Arten der bonorum possessio.



## Titel III.

### Von den erblosen Gütern.



## Dritter Theil.

### Strafrecht und Strafproceß.

## Zusätze und Corrigenda.

### Zu Theil I.

S. 76. Hierzu noch: Bruns, Fontes iuris Romani antiqui p. 72 ss.
S. 79. Zu N. 7 noch: Puchta, Cursus der Institt. II. § 179. S. 201.
S. 108. Bruns, Fontes p. 131 ss.
S. 178. Maudry, Das gem. Familiengüterrecht mit Ausschluß des ehelichen Güterrechts. Bd. I.
S. 179. Fitting, Das peculium castrense und quasi castrense.

### Zu Theil II.

S. 34. ist in der Paragraphenüberschrift zu lesen: „Die Formen desselben" statt: Die Folgen desselben.
S. 85. Not. a. zu § 158. ist zu lesen: § 146; Not. b. ist zu lesen: § 151.
S. 94. Not. 20 ist zu lesen: „sie konnten als incertae personae natürlich nicht instituirt, wohl aber exheredirt werden."
S. 120. Zu § 168. Arndts in Glück's Commentar Bd. XLVI.

# Drittes Buch.

## Obligationenrecht.

### § 139.

### Allgemeine Uebersicht der geschichtlichen Entwickelung der Verträge.

Wie schon Liebe (Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschw. 1840. S. 1 folgg.) sehr richtig für alle rechtlichen Handlungen nachgewiesen hat, kann die Möglichkeit rechtlich charakterisirte Handlungen von rechtlich bedeutungslosen zu unterscheiden nach einem doppelten Principe, einem formalen und materialen, erreicht werden. Es kann das Recht entweder nämlich an die äußere Form einer Handlung, ohne Rücksicht auf die aus derselben möglicher Weise herzuleitende Absicht, bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, oder umgekehrt an die rechtliche Absicht allein, so daß der äußere Bestand der Handlung sich zu den Rechtsfolgen indifferent verhält. So lange daher der eigentliche Rechtsstoff durch die Wissenschaft nicht erkannt und festgestellt ist, muß nothwendig die formale Betrachtungsweise die vorherrschende sein, während die fortschreitende Enthüllung des Stoffes durch die Doctrin gleichmäßig die Bedeutung und die Wirkung der Form abschwächt und endlich vernichtet.

Wenden wir diese allgemeinen Sätze nun da an, wo deren Richtigkeit am evidentesten hervortritt, bei der historischen Entwickelung der Obligationen aus Verträgen, so ergeben sich consequenter Weise folgende allgemeine Sätze: Ganz formlose Verträge obligatorischer Natur, bei denen also der rechtliche Inhalt und die rechtliche Absicht das alleinige Kriterium ihrer rechtlichen Wirksamkeit abgeben, kann es erst zu einer Zeit gegeben haben, in welcher die wissenschaftliche Reflexion allmählich die Herrschaft über die bloße Mechanik der Rechtsausübung errungen hat. Es bleibt sonach für die älteste Zeit bei obligatorischen Verträgen nur die Alternative der völligen Unwirksamkeit derselben oder der Möglichkeit sie in eine der vorhandenen Formen einzukleiden übrig. Und wie ferner die Wissenschaft des Rechts ihren eigenthümlichen Stoff nur stufenweis durchdringen konnte, eben so muß auch der in der einen Form enthaltene verschiedenartige Rechtsstoff erst allmählich erkannt und disparirt worden sein. Diese Entwickelung der Species aus dem generisch in der Form Verbundenen zu zeigen, würde demnach die höchste — aber freilich unerreichbare — Aufgabe der historischen Forschung sein. Da aber die allmählichen Uebergänge und das Werden des Einen aus dem Andern in seinem Zusammenhange geschichtlich sich nicht nachweisen läßt, so können auch hier nur die sichtbaren Epochen des Gewordenen, so weit es die Quellen und der innere Zusammenhang möglich machen, angedeutet werden.

Der Grundgedanke eines Formalcontracts ist nothwendig der, daß jedweder Inhalt rechtliche Bedeutung haben, jus sein müsse, weil er in dieser Form erscheint. Damit wäre aber freilich auch ein seiner Natur nach nicht rechtlicher Inhalt schon zum rechtlichen gemacht, und es würde so die rechtliche Wirkung der Form sich selbst wieder vernichten. Es muß daher für die älteste Zeit auch neben der Form noch ein äußeres Merkmal angenommen werden, woran sich die Rechtsabsicht (causa) als eine nicht unrechtliche, erkennen läßt, ohne daß diese Absicht außerhalb des Vertrags selbst gesucht zu werden braucht. Dieses

äußere Merkmal lag in der ältesten Zeit, wie mir scheint, in der Verlautbarung des Actes vor denen, die dem beabsichtigten Rechtsgeschäft ihren Schutz gewähren sollten. Denn sie sicherten ihren Schutz nur einem Willen zu, der ihnen als ein rechtlicher erschien. Diese Beurtheiler (testes = arbitri) der Rechtlichkeit des Gewollten, der gerechten causa des Geschäfts, waren aber eben dieselben, die den gesuchten Schutz später gewährten: die Götter, das Volk oder der Magistrat. Daran, daß diese willig dem Geschäfte assistirt hatten, erkannte man schon äußerlich die Gerechtigkeit der causa; denn vor allen diesen, die ihre Assistenz gerade diesem ihnen in voraus bekannten Geschäfte geleistet hatten, konnte nichts vorgenommen werden, was in ihrem Sinne nicht gerecht, ius oder fas, war. Und in frühester Zeit war sicher nichts iustum, was nefas, und nichts fas, was iniustum war; es konnte eine Handlung für das ius oder fas indifferent sein, aber ius und fas konnten sich nicht widersprechen. Daß sich aber auch das Gebiet dessen, was ius sei oder fas anfänglich nur einfach aus seiner Quelle entnehmen ließ, nicht aber aus seinem Inhalte, das beweisen deutlich eine Anzahl ältester Satzungen; und wenn es heißt, es sei etwas ius fasque, so bedeutet dieß sicher nichts weiter, als daß es eben so gut dem Gebiete des ius, als dem des fas unterfallen könne (ius fasque est eum occidere u. dgl.).

Bei allen uns als die ältesten bekannten Formen der Rechtsgeschäfte tritt uns die Verlautbarung vor diesen potestates entgegen. Für Uebertragung des Eigenthums durch Verlautbarung vor dem Volke in der mancipatio, und vor dem Magistrate in der in iure cessio; für obligatorische Verhältnisse beim nexum durch Verlautbarung vor dem Volke, und bei dem iusiurandum conceptis verbis durch Verlautbarung vor den Göttern.

Neben den civilrechtlichen Formen erwähnten aber schon die zwölf Tafeln noch eine zweite Art der Form, durch welche rechtliche Wirkungen hervorgebracht werden konnten: die Einkleidung der Zusage in die Form des promissorischen Eides. Auch diese Form muß alle die Eigenthümlichkeiten gehabt haben, die zur Zeit der Herrschaft des ius strictum jede Form haben mußte d. h. auch bei dem eidlichen Versprechen war nur das gewollt, was ausgesprochen war, und die Gerechtigkeit des Gewollten, die nicht unrechtliche causa des Geschäfts, erkannte man aus der Zustimmung der Götter, die sie gegeben hatten durch günstige auspicia auf die vorhergegangene Frage über Zulässigkeit des beabsichtigten Geschäfts.

Die Frage nach der materiellen causa eines Geschäfts war daher bei dem ältesten Geschäftsverkehr eine müßige, da sie durch die Form des Geschäfts schon erledigt war, denn die Anwendung der Form selbst garantirte, daß dem Geschäft eine causa zu Grunde lag, die nicht gegen ius oder fas verstieß. Daß aber im gewöhnlichen Verkehr des Lebens auch ohne diese Formen Geschäfte abgeschlossen wurden, welche materiell, wenn auch nicht formell, einen rechtlichen Inhalt hatten, ist nicht zu bezweifeln. Der Kleinverkehr in Handel und Wandel, das Aufheben von Gegenständen, Freundschaftsdarlehn und unzähliges Anderes hatte dann freilich keinen andern Schutz, als den, den die Ehrenhaftigkeit, die fides, des Schuldners gewährte, und es waren Verpflichtungen der Art im eigentlichsten Sinne des Wortes nur Ehrenschulden. Sollten sie rechtlichen Schutz haben, so war dieser nur dadurch zu erlangen, so schwerfällig dieß auch sein mochte, daß man sie in eine der obigen Formen mit Hinzufügung eines pactum fiduciae oder dergl. einkleidete. (Voigt, Ius nat. III. § 36. Scheurl, Nexum S. 19.)

Aber auch ehe diesen rein auf den Freundschaftsverkehr beruhenden Geschäften Klagbarkeit zukam, war der enggeschlossene Kreis klagbarer Geschäfte auf anderm Wege erweitert. Die Beschränkung, die in den Worten der Form oder des Gesetzes lag, erweiterte die Interpretation dadurch, daß sie das Wort bald in weiterer, bald in engerer Bedeutung nahm, je nachdem die eine oder andere Interpretationsweise den Umfang zu erweitern geeignet war. (Gai. IV. 11. Cic. Top. 4. fr. un. § 1. D. de glande leg. (43, 28.)

Ihering II. 2. S. 481 ff.) Die Beschränkung dagegen, die darin lag, daß die Form nur auf bestimmte Rechtsgeschäfte anwendbar war, erweiterte man dadurch, daß man die auf bestimmte Geschäfte ursprünglich nicht berechnete Form auf materiell verschiedene dadurch verwendbar machte, daß man sie dicis gratia anwandte. (Gai. I. 141. 190. II. 103. 104. III. 252.) Im reichsten Maße gewährte diesen ursprünglich nur auf der fides beruhenden Geschäften das ius honorarium Klagbarkeit.

Daß endlich, sicher in der nachplautinischen Zeit, auch das Civilrecht bis dahin blos als Freundschaftsgeschäfte bestehenden Verträgen Klagbarkeit als eigentlichen Real- und Consensualcontracten gewährt hat, ist unbezweifelt, wenn auch die Zeit, in der dieß geschehen, wohl schwerlich mit Sicherheit bestimmt werden kann. (Voigt a. a. O. II. S. 541 ff. III. S. 309 ff. IV. S. 539—543. 595 ff. Ihering II. 2. S. 546 ff. Demelius, Zeitschr. für Rechtsgesch. II. S. 177 ff. Bekker, Aktionen S. 143.) Man half sich, ehe diesen Verträgen ihrer materiellen causa wegen Klagbarkeit beigelegt wurde, wenn rechtliche Hülfe in Anspruch genommen werden mußte, durch actio fiduciae, vindicatio, in vielen Fällen durch die in älterer Zeit so weit ausgedehnte actio furti und die Bestrafung der perfidia (fr. 55. §. 1. D. de admin. et seric. (26, 7.) (Ubbelohde, Zur Gesch. der benannten Realcontracte. S. 31 ff.) Die Vollendung der klagbaren Verträge trat schließlich mit der Ausbildung der Innominatcontracte und der Klagbarkeit besonders qualificirter pacta ein.

Diese letzte und höchste Ausbildung der Vertragsobligationen findet sich aber um die Zeit Labeo's in der Theorie der s. g. Innominatcontracte, nova negotia (fr. 22. D. de praesc. verb. (19, 5.), indem bei ihnen zuerst die allgemeine Regel für synallagmatische d. h. auf Leistung und Gegenleistung berechnete Geschäfte (negotia) zum Bewußtsein kommt und sich rechtliche Anerkennung verschafft, so daß von da an die s. g. benannten Contracte zu dieser allgemeinen Bestimmung der Klagbarkeit der Verträge in die Stellung der Ausnahme zur Regel kommen. (Liebe, Stipulation S. 346. Ders. in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XV. S. 194 folgg.) Daß, wie bei den s. g. Innominatcontracten, die wirklich erfolgte Leistung des einen Promittenten die Klage auf die Gegenleistung gegen den andern Promittenten jedesmal hervorbringe, ist die höchste und allgemeinste Bestimmung, die das römische Recht bei den nicht formalen Verträgen gegeben hat. Alles was später an klagbaren Verträgen hinzu gekommen ist, hat nur den Charakter der Singularität und ist somit für die geschichtliche Entwickelung des Systems der Vertragsobligationen vollkommen indifferent. Dahin rechne ich aber nicht allein die später erst namentlich bestimmten Contracte wie z. B. den emphyteutischen, sondern auch die ganze Lehre von den pactis praetoriis und legitimis.

# Capitel I.

# Entstehung und Arten der Obligationen.

## I. Die durch das ius geschützten formalen Verträge.

### A. Die ältesten civilen Voraussetzungen des Rechtsschutzes.

### § 140.

#### 1. Der älteste civile Schutz des Privatrechts.

Die Formen, durch welche Rechte constituirt werden, sind keine willkührlich erdachten, sondern durch die Verhältnisse des Lebens und die Anschauung eines Zeitalters nothwendig gebotene. Man mußte sie, und gerade nur sie und nur so, anwenden, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Sie erhalten sich im römischen Recht in ihrer ursprünglichen Form und ihrem äußeren Bestande selbst bis auf Zeiten, in denen einzelne Theile derselben aufgehört

haben innerlich nothwendige zu sein, blos zu dem einzigen Zwecke, um eine Wirkung zu erhalten, die aus der alten Form von selbst sich ergab (propter veteris iuris imitationem. Gai. II. 103.) So sah man, als es längst eine Eintheilung des Volks in fünf Classen nicht mehr gab, immer noch in den fünf Zeugen die Repräsentation des Volks, und der libripens auf der aenea libra brachte immer noch, obgleich man längst Geld nicht mehr wog, die alte Wirkung des Geldgeschäfts hervor. (§ 143.) Einzelne Theile der Formen sind in Beziehung auf ihre ursprüngliche Function rudimentär geworden und ihre Wirkung ist nicht mehr Folge ihrer wirklichen Existenz, sondern ist nur geknüpft an ihre äußere Erscheinung. Aus dieser blos äußeren Erscheinung der ältesten uns bekannten Formen der Rechtsgeschäfte muß daher deren ursprünglicher Inhalt erkannt werden, denn es muß eine Zeit gegeben haben, in der sich Form und Inhalt des Rechtsgeschäfts völlig deckten.

Der Gang der Entwickelung der Formen der Rechtsgeschäfte, mag aus diesem Gesichtspunkte wohl im Wesentlichen folgender gewesen sein:

Ganz dieselben Grundsätze über Schutz des Rechts, die wir noch heutiges Tags bei beginnenden Staatsbildungen wahrnehmen, finden wir in mehr oder minder deutlichen Spuren auch in den frühesten Perioden der Staaten des Alterthums, und noch ragen diese Spuren der ältesten Anschauung deutlich erkennbar in die historische Zeit der antiken Welt herein.

Ueberall sind die der Existenz des eigentlichen Staates vorausgehenden Bildungen nichts weiter, als eine Verbindung von Genossen mit gemeinsamem Glauben an gemeinsame Götter.[1] Sie sind verbunden zu gemeinsamer Abwehr der Gewalt und des Unrechts nach Innen und Außen, und vis und iniuria scheiden sich in ältester Zeit nur als Form und Inhalt der nämlichen Handlung. [Cic. de off. I. 13. „quum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria."] Es beherrscht diese früheste Zeit der Gedanke: wer das Recht des Genossen nicht anerkennt, dessen Recht erkennt auch die Genossenschaft nicht an, er ist rechtlos, und nichts hindert den verletzten Genossen sein Recht zu suchen, wie er will und kann, und der das Recht der Genossen nicht Achtende setzt sich selbst außer dem Frieden. Die Genossenschaft verbot die Gewalt, und deßhalb ist gegen den, der dieses Verbot nicht achtet, jede Gewalt erlaubt[2]. Die Genossen verhalten sich dieser ge-

---

[1]) **1091.** Cic. pro Cael. 11. „Fera quaedam sodalitas et pastoricia atque agrestis Germanorum Lupercorum, quorum coitio illa silvestris ante est instituta quam humanitas atque leges; siquidem non modo nomina inter se deferunt sodales, sed etiam commemorant sodalitatem in accusando, ut, ne quis id forte nesciat, timere videantur." **1092.** Paul Diac. v. „Sodales dicti, quod una sederent et essent, vel quod ex suo datis vesci soliti sunt, vel quod inter se invicem suaderent, quod utile esset." — **1093.** fr. 1. § 4. D. de I. et I. (1, 1) „Ius gentium est . . ." fr. 3. D. eod. „Ut vim atque iniuriam propulsemus." — Preller Röm. Mythol. S. 111. 112. — Ganz in diesem Sinne ist die Bemerkung Bekker's, die Aktionen des röm. Privatrechts S. 22, daß die Germanischen Stämme der Zeit, wo sie in die wirkliche Geschichte eintreten, noch keine Staaten sind.

[2]) Danz, Sacral. Schutz S. 9 ff. — Außer den dort aus dem Alterthume angeführten Beispielen bei den Israeliten, bei denen sich der unbefriedigte Gläubiger des ganzen Vermögens seines Schuldners und sogar des Leibes desselben bemächtigten konnte, und bei den Griechen, bei denen der Kläger allein für die Execution des Urtheils zu sorgen hatte, fand ich für die Anfänge der Staatenbildung in unsern Tagen eine interessante Analogie im Westen Amerika's. Franz Löher, Land und Leute in der alten und neuen Welt. Bd. III. S. 222 ff. erzählt unter der Ueberschrift: „Naturrecht der Wildniß" hinsichtlich der dort geltenden Gesetze Folgendes: „der eine Theil" (der Gesetze) „soll möglichst genau den Augenblick feststellen, wo das Occupationsrecht, das Recht der ersten Besitznahme in Vollzug gekommen; der andere Theil bestimmt, wenn Lagerstatt, Hütten, Geräthe, Holzschlag &c. als preisgegeben, und wann Hausthiere als in den Zustand der Wildniß zurückgekehrt zu betrachten sind." (Man vergl. hierzu Gai. II. 66—68.) „Diese Gesetze werden ernst und sorgfältig beobachtet, wer

rechtfertigten Gewalt gegenüber völlig passiv, und in dem alten, freilich später beschränkten: ius fasque est eum occidere, spricht sich noch deutlich dieser Gedanke aus[3]. Man kann daher in gewissem Sinne sagen, der gesammte Inhalt des Rechts im objectiven Sinne concentrirt sich in ältester Zeit in dem Satze: Vim iniustam fieri veto, und der Inhalt jeder Befugniß, des Rechts im subjectiven Sinne, in dem Satze: Vim iustam facere licet.[4] Hieraus erklärt es sich auch, wie in den frühesten Zeiten des Rechtslebens der Völker man sich so vielfach genügen ließ an leges imperfectae, die nur festsetzen, was nicht geschehen soll, nicht aber die rechtliche Folge bestimmen, was geschehen soll, wenn dennoch gegen das Gesetz gefehlt ist. Denn wenn vis erlaubt ist gegen Jeden, der gegen das Verbot oder Gebot handelte, so war es nicht nöthig das Verbot noch mit einer besondern sanctio zu versehen.[5]

Aus der unbeschränkten gerechtfertigten Selbsthülfe entwickelte sich dann im römischen Staate in späterer Zeit eine beschränkte. Der Verletzte kann nicht mehr wie er will und kann gegen den Verletzer seines Rechts verfahren. Es wird seiner Eigenmacht eine Form und eine Gränze vorgeschrieben. Eigenmacht ohne diese Form und über diese Gränze hinaus wird zur unerlaubten Selbsthülfe.[6]

Erst in der letzten Entwickelung der staatlichen Organisation wird die Selbsthülfe als solche und unter jeder Form geradezu unzulässig. Der Staat übernimmt es durch seine Organe den Zustand herbeizuführen, den der Berechtigte als seinem Rechte entsprechend beanspruchen kann.[7]

---

sie verletzt, hat sich durch die That selbst verfehmt, und ohne Mitleid und Erbarmen trifft ihn die gemeinsame Rache." (Ganz ähnlich bei den Römern: **1094**. Paul Diac. v. Termino.. „Denique Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse.") — „Denn noch immer besteht unter den Vorsiedlern, wenn auch der geordnete Staat sie mit seiner Herrschaft schon erreicht hat, ihr Clublaw, ihr Genossenrecht. Der Ankäufer, der sich mit dem Vorsiedler auf seinem Grund und Boden nicht gütlich abfinden wollte, würde von den Umwohnenden bald die Botschaft erhalten: sie sähen ihn nicht mehr als ihren Nachbar an. Was wollte er dann beginnen? Nirgends fände er Schutz und Hülfe in der Einöde. — Wo Jemand gegen einen Räuber, Dieb oder groben Beleidiger sein Recht der Selbsthülfe gebraucht hat, bedarf er nur der Rechtfertigung bei seinen Genossen und wird allemal Zustimmung finden."

3) **1095**. Macrob. Sat. I. 4. „Lex XII Tabularum ... Si nox (pro „noctu") furtum factum sit si im occisit iure caesus esto."

4) **1096**. Liv. VII. 31. „Quandoquidem nostra tueri adversus vim atque iniuriam iusta vi non vultis.." (Aus der alten Deditionsformel.) Danz a. a. O. S. 10. **1097**. Serv. ad Aen. X. 419. „.. nam Manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate exspectata, rem nobis debitam vindicamus."

5) Auch an die leges imperfectae der späteren Zeit knüpfte sich noch die allgemeine Wirkung, daß der ihnen zuwider Handelnde mindestens als improbus angesehen wurde.

6) **1098**. fr. 176. pr. D. de R. I. (50, 17.) „Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi." **1099**. Gell. XX. 1. „Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eom iure ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne maiore, aut si volet minore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, [qui eum vinctum habebit] libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato." (Schöll, Leg. XII tab. reliquiae p. 122. 123.) — fr. 18. § 1. D. de solutt. (46,3). Böcking, Pandecten Bd. I. § 129. Bachofen, das röm. Pfandrecht. S. 12. Not. 4.

7) Decretum Divi Marci. — fr. 12. §. 2. fr. 13. D. quod metus causa (4, 2). — Böcking, a. a. O. § 129. Not. 18—24. Bekker, die Aktionen des röm. Privatrechts. S. 20. Not. 3.

## 2. Die Formen zur Erlangung des rechtlichen Schutzes.

### § 141.

#### a) Im Allgemeinen.

Das Recht der Genossenschaft oder später des Volkes bindet und berechtigt aber nur die Genossen, nur das eigene Volk, es ist ein ius proprium civitatis s. ius civile[1]. Dem Nichtgenossen kann also durch das Recht der Genossen weder Gewalt verboten noch erlaubt werden, ihm gegenüber kann sie nur factisch verhindert oder zugelassen werden. Ihm fehlt jedes Mittel sich die Gestattung der Gewalt zu verschaffen d. h. ihm fehlt jedes Mittel durch die fremde Genossenschaft sich Recht zu verschaffen, und es ist daher im weitesten Sinne des Wortes adversus hostem aeterna auctoritas. Denn die fremden Genossen haben mit den ihnen fremden Genossen keine communio iuris und keine communio religionis.

Noch ehe sich die Genossenschaft zum Staate herausgebildet hat, mag es zu der die Selbsthülfe gewährenden Form eines Rechtsgeschäfts genügend gewesen sein, den rechtlichen Willen vor einer unbestimmten Zahl zu verlautbaren. Wir wissen es nicht. Wir kennen nur die Gestalt des Rechtsgeschäfts aus der Zeit des organisirten Staates. Hier haben die ältesten Formen der Rechtsgeschäfte keinen andern Zweck, als einen bestimmten Willen unzweifelhaft zu manifestiren, um diesen Willen zu einem rechtlich geschützten zu machen, und nur secundär kann man sich zu einem andern Zwecke berufener Zeugen als Beweiszeugen bedienen. Alle Formen der ältesten Rechtsgeschäfte bestehen daher sämmtlich 1) aus der Erklärung des Willens und 2) aus der Sanction desselben,[2] d. h. des Mittels den Willen zum rechtlich geschützten zu machen. So lange als dieser rechtliche Schutz in nichts weiter besteht, als in der gerechtfertigten Selbsthülfe, wird durch die sanctio auch nichts weiter erreicht, als die Gestattung derselben, und der Beistand besteht in nichts weiter, als in dem Gewährenlassen der Selbsthülfe, ohne gegen sie einzuschreiten (negativer Schutz). Denn in den Anfängen des staatlichen Lebens und dem blos in der Rechtsüberzeugung des Volkes lebenden Recht fehlen mehr oder minder die Organe des Rechtsschutzes.[3]

---

[1] **1100**. Cic. Top. 3. „Ius civile est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas. — Rudorff a. a. O. Bd. I. § 1.

[2] **1101**. Liv. IX. 9. „iniussu populi nego quicquam sanciri posse, quod populum teneat.“ **1102**. fr. 8. pr. D. de div. rer. (1,8.) „Sanctum est quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est.“ — Danz, Sacr. Schutz S. 139. Not. 15. Böcking, Pand. § 69. Not. 20. — Ist sanctum das, was ab iniuria hominum defensum est, so ist sanctio das Mittel, durch welches die iniuria abgewehrt wird, und der mit einer sanctio versehene Wille, der sancirte Wille, eben der berechtigte (ius). Auch bei der sanctio legis liegt derselbe Gedanke zu Grunde. § 10. I. de rer. div. (2, 1.) fr. 41. D. de poenis (48, 19). Ich fürchte daher kein Mißverständniß, wenn ich der Kürze wegen von „sancirtem Willen“ spreche. Ich verstehe also hier unter sanctio die äußere Thatsache, durch welche das erklärte Wollen zu einem solchen wird, das sich ohne iniuria auch bethätigen kann d. h. zu einem gestatteten agere führt. pr. I. de act. (4, 6.) — Daß das Wort „agere“ ganz allgemein ein „Handeln“ im Rechte bedeutet, beweist auch das Wort „actio“ als das Handeln zum Zwecke eines Rechtsacts. (Actiones Hostilianae u. dergl. z. B. § 36. Not. 29. §. 45.) Man kann eben agere zu ganz verschiedenen Zwecken, zum Zwecke der Hervorbringung eines Rechtsverhältnisses, zum Zwecke der Execution desselben u. dergl. — Bekker, Zeitschr. für Rechtsgesch. IX. S. 369 ff.

[3] Danz a. a. O. S. 7 ff. S. 226. — Ihering a. a. O. Thl. I. S. 120 ff. Bekker, die Aktionen des röm. Privatrechts. I. S. 11. 20. Not. 3. — Ich hebe hierbei hervor, daß nur die Organe des Rechtsschutzes, der Execution, nicht aber die der Rechtsfindung fehlen: ob Selbsthülfe zu gestatten sei oder nicht. Für die Entscheidung dieser Frage finden sich stets, auch in den ältesten Gestaltungen des genossenschaftlichen Lebens, Organe der Rechtsfindung, und wenn sie in nichts weiter bestünden, als in einer Versammlung der Genossen ad hoc. (Vergl. z. B. § 140. Not. 2).

Erst wenn sich der Staat die genügenden Organe der Rechtshülfe geschaffen hat kann der Schutz des Privatrechts durch Hülfe des Staats erreicht werden (positiver Schutz) und die sanctio des Rechtsgeschäfts wird nunmehr die Folge haben, den Schutz des Staates, anstatt der blos gestatteten Selbsthülfe, für das sancirte Verhältniß in Anspruch nehmen zu können.

Die sanctio der ältesten Zeit hat daher zunächst nur den Zweck, zu einem gestatteten agere zu führen, und zwar nach der römischen Anschauung zu einer tuitio sui oder einem ulcisci.[4]

Die ältesten uns bekannten allgemeinen Rechtssatzungen setzen daher auch nicht fest: was man mit rechtlichem Effecte wollen könne, sondern nur: wie man irgend einen Willen zum rechtlich ausführbaren machen könne.[5] Denn wer diesen so ausgesprochenen Willen durch seine Assistenz sancirt, erkennt damit, daß er ihn so sancirt, zugleich auch an, daß die causa des Geschäfts wirklich keine iniusta sei. Denn wer die Gewalt hat vis und iniuria zu verhüten, ob das Volk oder die Götter, darf nicht assistiren, wo Unrechtes oder Gottloses geplant wird.[6]

## § 142.

### b) Die Erklärung des Willens.

Das älteste Recht der Römer erkennt keinen Willen als vorhanden an, als den ausgesprochenen, das dictum. Was nicht ausgesprochen ist, ist nicht gewollt, und umgekehrt ist auch nur das gewollt, was ausgesprochen ist.[1] Das Wort wirkt also in Rechtsgeschäften ganz unabhängig von dem Gedanken, den es ausdrücken soll. Die verba gelten nicht so weit sie die voluntas in sich fassen sollen, sondern ihr buchstäblicher Inhalt ist für das Recht die voluntas selbst. Es heißt nicht: „was du gewollt und ausgesprochen hast, soll ius sein“, sondern nur: „was du ausgesprochen hast.“[2] Es ist eben das Wesen des

---

4) **1103**. Cic. Top. 23. „Natura partes habet duas, tuitionem sui, et ulciscendi ius.“ — Danz, a. a. O. S. 47.

5) Es ist überall nur vorgeschrieben, wie (uti) ein Wille zum rechtlich geschützten (ius) gemacht werden müsse, nicht aber welcher Art der Wille sein müsse, der in eine bestimmte Form eingekleidet wird. (Uti legassit super pecunia . . ita ius esto; uti lingua nuncupassit, ita ius esto.) Also es ist z. B. der in das legare eingekleidete Wille, wegen dieser Einkleidung ius, gleichviel, ob er auf Entstehung von Eigenthum, Obligationen, Vormundschaft oder auf Freilassung ꝛc. gerichtet ist.

6) Danz a. a. O. S. 12.

1) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. S. 20 ff. Danz a. a. O. S. 3 ff. Voigt a. a. O. Thl. I. S. 43. 44. III. §. 34. 35. Namentlich die mannichfachsten Beispiele zur Bestätigung dieses Satzes bei Voigt a. a. O. III. S. 22 ff.

2) **1104**. Cic. de off. III. 16. „Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret: a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta.“ **1105**. Eod. III. 17. „Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia.“ **1106**. Fest. v. „Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II. de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronunciata: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto,“ id est, uti nominarit locutusve erit ita ius esto.“ fr. 19. § 2. D. de aedil. ed. (21, 1.) N. 713. — Varro de L. L. VII. 8. „Templa tescaque me ita sunto quoad ego caste lingua nuncupavero.“ Lindemann ad Eutych. de discern. coniug. I. 4. Not. 26. — Danz a. a. O. S. 144. Not. 5. Siegel, Sitzungsbericht der hist. phil. Classe der kaiserl. Akad. der Wissensch. in Wien. LI. S. 126. — So ist bei den dies fasti und nefasti nicht auf ein unerlaubtes Wollen, sondern nur auf ein unerlaubtes Reden gesehen. Varro de L. L. VI. 30. Hartmann, Iudicia ordinaria § 2.

strictum ius, daß der Wille als solcher ohne Bedeutung ist.[3]) Es müssen daher, damit der Wille zu einem agere berechtigt sei, auch alle einzelnen Theile des Willens ausgesprochen werden.[4]) Es ist nicht genug, daß die Handlung vorgenommen wird, sondern es muß auch das ausgesprochen werden, was sie bedeuten soll, oder es muß mindestens symbolisch durch ein allgemein anerkanntes und allgemein verständliches Symbol diese Bedeutung erkennbar gemacht werden.[5]) Der Wille, der nur durch Schlußfolgerung zu finden ist, ist nicht vorhanden[6]). Es genügt also auch nicht, eine Handlung vorzunehmen, sie muß auch als solche wörtlich bezeichnet werden. Es ist nicht genug, daß der Fetial den Speer in Feindes Land wirft, sondern er muß auch sagen, daß er damit bellum fecit.[7]) Ebenso muß ferner der Zweck der Handlung wörtlich ausgesprochen werden (ob eam rem)[8]) und eben so der Umfang der Leistung.[9])

## § 143.

### c) Per aes et libram gerere.

Die äußere Erscheinung der Leistung kann aber mehrdeutig sein und für ihre wörtliche Bezeichnung in einer bestimmten Zeit das bezeichnende Wort noch nicht vorhanden sein. Soll eine solche Leistung nun, um keine Mehrdeutigkeit zuzulassen, als eine besondere Art bezeichnet werden, so bleibt beim Mangel des bezeichnenden Wortes nichts übrig, als ihr durch die Vornahme gewisser Acte diese Mehrdeutigkeit zu nehmen. Namentlich bei dem Uebergange des Tausch- in den Wägegeld-Verkehr, war es aber eine Frage von Wichtigkeit, ob das zugewogene aes die Bedeutung von merx oder von pretium hatte, d. h. ob ein Tausch- oder Geldgeschäft zu Stande gebracht sein solle.[1]) Sowohl vor, als nach Einführung

---

[3]) fr. 7. D. de neg. gest. (3, 5.) **1107**. Boëth. ad Cic. Top. c. 17. (Orell. p. 378.) „In his enim (sc. bonae fidei iudiciis) qui fuerit animus contrahentium quaeri solet . . non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant . ." — Zahlreiche Beispiele dieser Bedeutung des ius strictum bei Jhering a. a. O. Thl. II. 2. S. 476 ff. und Voigt a. a. O. III. S. 9. fr. 99. pr. D. de V. O. (45, 1.).

[4]) Cic. pro Mur. 11. Plin. H. N. XXXVIII. 2. c. 1. C. de formul. (2, 58.) Cic. de harusp. resp. 11.

[5]) z. B. Liv. I. 24. Serv. ad Aen. IV. 374 (§ 93. N. 649.)

[6]) Ein Beispiel für diesen Satz giebt **1108**. § 2. I. qui et quib. ex caus. (1, 6.) „Idemque iuris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio [c. 5. C. de nec. serv. (6, 27)] non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur; quum non est verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse et neminem sibi heredem fore."

[7]) Liv. I. 32. (N. 396.) Gell. XVI. 4. — Gai. IV. 21. „ob eam rem . . manus iniicio."

[8]) Gai. IV. 21. [S. vorige Note.] Id. III. 174. „solvo liberoque . ." Id. I. 119. „isque mihi emptus est . ." (N. 990.)

[9]) Gai. III. 174. „hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque." — **1109**. Liv. I. 24. „. . ut illa palam prima postrema, ex illis tabulis cerave recitata sunt, sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt . ."

[1]) Wie bewußt die Römer sich der Bedeutung der Umwandlung von Tausch- in Geldgeschäfte waren, ergiebt die interessante Stelle aus Paullus ad edictum. **1110**. fr. 1. pr. D. de contr. empt. (18, 1.) „Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu

des Geldverkehrs muß beim Tausch und beim Darlehn anderer Gegenstände, als Geld, bei der Hin- oder Rückgabe fungibler Gegenstände, nicht blos das quantum, sondern auch das quale geprüft und über die Qualität des Gegebenen befunden werden. Wenn also auch der Schuldner durch sein damnas sum der unmittelbaren Selbsthülfe des Gläubigers sich unterworfen hätte, so würde dennoch ein iudicare, ein Befinden, über das quale der Leistung desselben vorausgehen müssen, ehe der Gläubiger iuste die manus iniectio vornehmen konnte. Das Resultat war ein ganz anderes, wenn das zu leistende aes im einzelnen Falle merx oder pretium sein sollte, und darüber durfte seit Eintritt des Geldverkehrs kein Zweifel sein. Die älteste Verkehrszeit, d. h. die vor der Zeit des aes signatum, kannte und konnte nur kennen einen Tauschverkehr; das aes rude war eben so merx, wie der Gegenstand, den man dafür eintauschte. Der Gedanke des Gegensatzes von pretium und merx war noch ungeboren. Selbst noch in späterer Zeit, als sich die Begriffe von merx und pretium schon geschieden hatten, sahen noch immer einige Juristen im pretium nicht nothwendig eine Geldleistung. Man zweifelte, ob nicht auch ein Sclave, eine toga oder ein fundus wenigstens pretii loco sein könne.[2]) Es mußte noch besonders von den Gegnern dieser Ansicht hervorgehoben werden, daß es kein Kauf sei, wo sich merx und pretium nicht unterscheiden ließen.

Erst mit dem Aufkommen des aes signatum trat der Gedanke des „Geldes" vollständig ausgebildet im römischen Verkehr auf, und damit die Möglichkeit eines Geldgeschäfts im Allgemeinen, und namentlich die Möglichkeit merx und pretium gleich äußerlich zu unterscheiden. Nun erst gab es eine „materia, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret."[3]) Es gab mit andern Worten einen Gegenstand, über dessen Qualität nicht erst noch zu befinden war (Not. 1. a. E.), der, wenn dessen Quantität festgestellt war, nach allen Seiten hin nunmehr ein certum war. Aber freilich um die Quantität in dieser Weise nach allen Seiten hin als certa festzustellen, bedurfte es eines Actes, der keinen Zweifel darüber zuließ, daß das zugewogene aes als eine solche materia auch gemeint sei. Im gewöhnlichen Verkehr mochte aes als Waare auf jeder Wage zugewogen werden, und wem es genügte, der mochte selbst wägen oder irgend einen unparteiischen Dritten zuziehen, wie man bei res, quae men-

---

accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur."

[2]) 1111. Gai. III. 141. „Item pretium in numerata pecunia consistere debet: nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei [*pretium esse possit*], valde quaeritur: nostri praeceptores putant, etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse . . . diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse, absurdum videri". — Um Geld im recht eigentlichen Sinne zu bezeichnen heißt es daher in der lex Rubr. V. 711. c. 21. 22. „pecunia certa credita signata forma publica populi Romani."

[3]) Sehr treffend bezeichnet diese Eigenschaft des Geldes Bekker, die Aktionen S. 22: „Es ist (sc. das Viehgeld) das rohe Product des ersten Ausführungsversuchs eines an sich richtigen Gedankens: das Bedürfniß eines allgemeinen Tauschmittels war richtig erkannt, aber vergriffen hatte man sich in der Wahl des Stoffes, dem die unentbehrliche Eigenschaft eines solchen Tauschmittels, das tantundem est idem, unleugbar abging, denn daß ein Unterschied ist, zwischen altem und jungem Vieh, zwischen großem und kleinem, fettem und magerm, gesundem und krankem, das konnte auch auf der niedrigsten Kulturstufe nicht lange unbemerkt bleiben."

sura constant selbst messen mochte oder einen unparteiischen Dritten messen lassen konnte.[4]) Es mußte das aes erst durch einen besonderen Act, durch ein besonderes gerere, als „Geld" bezeichnet werden, und dieser das aes signatum zu eigentlichem Gelde machende Act war in die Art des Zuwägens gelegt, da aus dem bloßen Zuwägen auf irgend eine beliebige Art, die Absicht, das aes als „Geld" zu betrachten, nicht geschlossen werden konnte. Das aes signatum hatte nur dann die Bedeutung von Geld, wenn es 1) gewogen wurde auf einer aenea libra und 2) den Act des Wiegens ein Wägemeister, libripens, vornahm, und endlich 3) mußte man aere percutere s. ferire libram, wenn der letzte Zweifel gehoben sein sollte, daß das aes hier Geld bedeuten solle. Erst dann, wenn diese drei Umstände sich beim Wägen vorgefunden hatten, war sicher bezeichnet, daß das so gegebene aes die Bedeutung von „Geld" haben solle. Schon vor der Zeit des aes signatum mag man das aes rude, freilich ohne Garantie seines Gehalts, annähernd durch Zuwägen wie Geld gebraucht haben, und so mag man anfänglich auch bei dem Zuwägen des aes signatum noch die alte Formel beibehalten haben: rauduseulo libram ferito[5]), ähnlich wie es umgekehrt später genügte: asse percutere libram anstatt mit einem Stücke des alten Wägegeldes (aes).

Daß der libripens anfänglich ein wirklich öffentlich bestellter Beamter war, kann wohl kaum bezweifelt werden.[6]) Aber wie es später genügte die quinque testes „Quirites" zu nennen, um ihrer Assistenz die Wirkung der Assistenz des Volkes zu verschaffen, so genügte es später, eine Person „libripens" zu nennen, um ihrer Handlung die Wirkung eines wirklichen libripens, eines Wägemeisters, zu verschaffen.

---

4) Bei Gai. III. 90. werden aes, argentum, aurum als res bezeichnet, quas pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. — So lange also Wägegeld allein bestand, war es nicht möglich aus der bloßen Zuwägung des aes mit voller Bestimmtheit zu erkennen, ob es blos die Bedeutung einer fungiblen Sache oder die von wirklichem Gelde haben sollte, ob es merx oder pretium sein sollte. Es wäre denkbar gewesen, daß man aes signatum blos nach dem Gewichte mit aes signatum als Geld gekauft hätte. Für die merx hätte jede Wage und jede Art des Wägens genügt, aber das als Geld zu leistende aes mußte auf der aenea libra und durch den libripens gewogen werden.

5) 1112. Varro de L. L. V. 163. „Aes raudus dictum, ex eo veteribus in mancipiis scriptum: *rauduseulo libram ferito*". — Für die Römer mag gerade dieses libram ferire eine ganz unzweideutige Marke gewesen sein, deren Grund uns freilich unbekannt ist, da das aeneam libram percutere auch bei Gai. I. 119. II. 104. 173. als Bestandtheil der Form hervorgehoben wird. Vielleicht sollte damit etwas angedeutet werden, was noch heutiges Tags besonders hervorgehoben wird: Es soll bezahlt werden in klingender Münze. — (Jhering II. S. 564 ff. sieht darin eine Prüfung der Münze durch den Klang. Dagegen Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 214 ff., der nur darin sieht ein Zeichen der Perfection des Vertrags.) Von wem die Aufforderung: rauduseulo libram ferito ausgegangen ist, kann wohl nicht zweifelhaft sein, offenbar vom mancipio dans nach den Worten des mancipio accipiens: „emptum est hoc aere aeneaque libra", denn nach ihnen (deinde) folgte doch wohl die Aufforderung des mancipio dans: rauduseulo libram ferito, worauf dieser aere percutit libram. — Jhering a. a. O. II. 2. S. 565. legt diese Aufforderung dem libripens in den Mund, der bei dem Acte offenbar gesprochen haben müßte, weil er nach Ulp. XX. 7 nicht habe stumm sein dürfen. (Hierüber vergl. § 145 a. E.) Mir will es nicht recht wahrscheinlich vorkommen, daß ein Dritter, denn dieß ist der libripens, in die mündlichen Verhandlungen der Parteien hineingesprochen habe, da er kein Interesse an dem libram percutere hatte, wohl aber der Verkäufer.

6) Daß es ein wirkliches Amt der libripendes gab, also der eigentliche libripens ein öffentlicher Beamter war, ergiebt eine uns erhaltene Inschrift. 1113. Orelli, Inscr. N. 4012. Mommsen, Inscr. Neap. N. 2003. „T. Vedius T. f. T. Vitorius Cn. f. II viri libripendes ex D. D. (ex decreto decurionum) . ." Ob diese, wie Orelli meint, nur ein officium temporarium hatten oder nicht, ist für unsere Frage gleichgültig, da sie libripendes nicht waren in Folge privater Ernennung, sondern es geworden waren ex decreto decurionum. Um blos unparteiischer Dritter beim Zuwägen zu sein, bedurfte man sicher keines Decrets der Decurionen. Auch der griechische ζυγοστάτης, Wägemeister, war ein öffentlich Angestellter. c. 2. C. de ponderat. (10, 71.)

Wurde nun durch diese besondere Art des Zuwägens das aes erst zu Geld gemacht[7]), so lag darin zweierlei wesentlich verschiedenes:

1) etwas rein Thatsächliches, nämlich die reelle Leistung, die wirkliche solutio durch eine bestimmte Gewichtsmenge von aes, und

2) ein rein formales Element in der Art und Form des Zuwägens, durch welche das Geschäft zum Geldgeschäft gemacht wurde, denn diese Form hatte die Bedeutung: das aes, das ich leiste, ist Geld, nicht Waare.

Als später die wirkliche Münze auftrat, bedurfte es natürlich keines besonderen Actes mehr, um das geleistete aes als Geld erst zu bezeichnen. Das Geldgeschäft war schon an sich selbst sofort erkennbar, merx und pretium bedurften zu ihrer Unterscheidung keines äußeren Zeichens mehr wie es durch aenea libra und libripens ausgedrückt wurde. Man hätte die Wirkungen, die früher an diese beiden Zeichen mit Nothwendigkeit geknüpft werden, jetzt einfach auf den Begriff des jetzt nicht zu verkennenden Geldgeschäfts übertragen können. Man war aber gewöhnt gerade aus dieser Form jene Wirkungen eines Geldgeschäfts herzuleiten, und die römische Zähigkeit im Festhalten alter Formen ließ diese alte Form beibehalten, um ein Geschäft als Geldgeschäft zu charakterisiren, und dadurch ihm die alten an diesen Umstand geknüpften Wirkungen zu sichern.[8]) Eins aber war seit dem Aufkommen des Münzgeldes nunmehr geändert: durch das zugewogene aes wurde seit dem Aufkommen der Münze jenes bloß thatsächliche Element des Zuwägens, die reelle Leistung durch eine gewisse Gewichtsmenge von aes (s. oben sub 1.) beseitigt, und es blieb nichts übrig als das zweite rein formale Element des Zuwägens (s. oben sub 2.). Der Scheinact des Zuwägens war daher jetzt weder eine solutio, noch sollte er eine solche vorstellen, er hatte keinen weiteren Zweck, als eine Schuld als Geldschuld zu characterisiren. So wird bei der mancipatio, als einer imaginaria venditio durch aenea libra und libripens nicht die solutio des Preises imaginarie dargestellt, sondern nur festgestellt, daß es sich hier um eine Geldleistung, ein wahres pretium, im Gegensatze zur merx handele (Not. 9.), es wird das aes gegeben nicht „pretii soluti loco“, nicht um imaginarie eine solutio herzustellen, um die Zahlung des pretium zu imaginiren, sondern um zu markiren, daß man für die Waare einen Geldpreis, ein pretium festgesetzt habe: aes dat nicht: pretii soluti loco, sondern: quasi pretii loco.[9])

Während also vor dem eigentlichen Münzgeld das Zuwägen des aes nicht blos zu dem Zwecke vorgenommen wurde, um es als Geld zu bezeichnen, sondern regelmäßig auch in

---

7) Schon Karlowa hat dieselbe Ansicht gehabt, wie ich aus Bekker, die Aktionen S. 23. Not. 5 entnehme.

8) So werden die quinque testes festgehalten, nachdem schon längst die Centurienverfassung verschwunden war, um die Wirkung zu erreichen, die an die Verlautbarung vor dem „Volke“ geknüpft waren. — Ganz charakteristisch ist es aber, daß man, um nichts an der alterthümlichen Form fehlen zu lassen, auch mit aes rude s. raudusculum libram ferire mußte (Not. 5.), und es ist das asse percutere libram wohl erst eine neuere Freiheit der Form, bei der es aber immer möglich ist, daß das as noch „raudusculum“ bei der Formel: raudusculo libram ferito genannt wurde.

9) Daß die venditio keine imaginaria ist, wenn das pretium solvirt war, beweist fr. 16. D. de R. I. (50, 17.) „Imaginaria venditio non est pretio accedente.“ (Ulp.) Hätte also das dare des aes bei der mancipatio, die eine imaginaria venditio war (Gai. I. 113. 119.), die Solution des pretii imaginarie darstellen sollen, so hätte die imago solutionis auch die Wirkung der solutio haben müssen. Ganz anders war es deßhalb, wo das aes solvendi causa imaginär gegeben wurde, wie bei der nexi liberatio, wo denn auch wirklich die Wirkung der solutio eintrat. Dann gehörte freilich auch zur Bezeichnung der solutio etwas Anderes, als das bloße aes dare aenea libra, nämlich die Erklärung, daß man solvit und zwar libram primam postremamque. — Und wie es bei der mancipatio heißt quasi pretii loco, so bei der nexi liberatio bezeichnend: veluti solvendi causa.

diesem zugewogenen aes die wirkliche, reelle Zahlung enthalten war, mußte sich dieß wesentlich verändern seit die Decemvirn eigentliches Münzgeld einführten. [10] Vor dieser Veränderung war es kaum nöthig bei der mancipatio eine besondere Bestimmung dahin zu treffen, daß Eigenthum nur übergehen sollte pretio soluto, da hier das Zuwägen ernstlich gemeint war d. h. wirklich der ganze Preis bei dem Mancipationsacte Zug um Zug gegeben und zugewogen wurde [11]. Seit dieß aber nicht mehr der Fall war, d. h. nicht mehr die Summe des Preises selbst zugewogen wurde, sondern das Zuwägen jetzt nur noch geschah um die Gegenleistung als Geldleistung, als pretium (Not. 1.) zu characterisiren, war es consequent und nöthig, daß die zwölf Tafeln ausdrücklich bestimmten, Eigenthum solle nur übergehen pretio soluto. [12] Wäre das aes bei der späteren Mancipation wirklich eine imaginäre solutio, so müßte es auch die Wirkung der solutio, hier also Eigenthumsübergang, hervorbringen, denn die imago wirkt ganz so wie ihr Urbild.

Wo nun bezeichnet werden soll, daß bei einem Geschäfte eine Geldleistung vorkomme, wird dieß bezeichnet, daß dabei „per aes et libram geritur“, und eine Geldschuld wird bezeichnet als aliquid, quod eo nomine debetur, quod per aes et libram geritur. [13] Wer

---

[10] Mommsen, Gesch. des röm. Münzwesens. S. 174 ff. Hultsch, Griech. und röm. Metrologie S. 191.

[11] Wenn Keller, Institt. S. 32 sagt, daß die wirkliche Zahlung in die Solennität nicht gepaßt habe, so scheint mir das zur Zeit des aes rude nicht gerechtfertigt. Die mancipatio, wie sie uns Gaius beschreibt, ist allerdings nur ein imaginärer, solenner Act, in dem freilich Geld zu wiegen, so wenig paßt, wie Geld zu zählen. Worin aber früher das Hinderniß bestanden haben soll, nicht blos mit einem Stück aes und nicht mit mehreren Stücken das libram ferire vorzunehmen, kann ich nicht einsehen. Das „libram ferito“ kann sicher auch heißen: „nun zahle“, und es wird in ältester Zeit, wo alles nur darauf ankam, daß der ganze Act vor Zeugen vorgenommen wurde, dem Acte keinen Eintrag gethan haben, wenn auch die wirkliche reelle Zahlung vor ihnen vorgenommen wurde. Als freilich das aes später nur quasi pretii loco gegeben wurde, paßte das Zahlen von etwas anderem, als dem aes, nicht mehr in den solennen Act. Ein Beispiel der wirklichen Zahlung per aes et libram ist bei Liv. VI. 14, wenn man nicht mit Bekker (Aktionen I. S. 30) annehmen will, daß die materielle Zahlung und der bestätigende Formalact erst Liberation bewirkt hätten.

[12] **1114.** § 41. I. de R. D. (2, 1.) „Venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est, statim rem emptoris fieri.“ (Zu dieser Stelle Voigt, Ius nat. IV. 3 S. 520. Not. 78.) — Daß dieß schon aus dem ius naturale folge, führt aus Leist, Mancipation S. 47 ff.

[13] Gai. III. 173. „Est etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur.“ — Auch bei dem iudicatum war ja die condemnatio pecuniaria. Eben so bei dem Damnationslegat, das ebenfalls durch imaginaria solutio per aes et libram solvirt werden konnte, war sicher ursprünglich nur das Legat auf diese Weise zu solviren, welches in einer Geldsumme bestimmt war, wie auch die Worte bei Gai. III. 175. „de eo tamen tantum potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet, et ita, si certum sit: quidam et de eo quod mensura constat, idem existimant“ andeuten. Denn man konnte bei dem aere aeneam libram ferire sagen, daß diese Form des Zuwiegens auch bei den Gegenständen zulässig sein müsse, quae pondere constant. Eben darauf weist auch die Formel der imaginaria solutio selbst hin: Quod ego tibi tot milibus eo nomine veluti (zum Beispiel), 2c., wo das „tot milibus“ d. h. die Angabe einer Geldsumme zur typischen Form zu gehören scheint. Eben so **1115.** Cic. de legg. II. 20. „Quin etiam cavent, ut, cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per aes et libram heredem testamenti solvat, propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset.“ Ganz ähnlich auch in c. 21. eod.

Geld schuldig ist, ist nexus im weitesten Sinne des Wortes, gleichviel, ob er es schuldet, wie bei der mancipatio, als pretium, oder, wie beim nexum im engeren Sinne, als Gelddarlehn. In diesem Sinn konnte Gallus Aelius sagen, nexum sei Alles, quod per aes et libram geritur und die testamenti factio wegen des Scheinkaufs als nexum bezeichnen, so wie Mamilius darunter die mancipia rechnen konnte, denn das allen diesen Gemeinsame ist nur die dabei vorkommende imaginäre Geldleistung. [14]

Wir können also sagen: das Zuwägen des aes auf der aenea libra unter Assistenz des libripens ist seit Aufkommen des Münzgeldes nichts Anderes, als die symbolische Bezeichnung, daß eine gegenwärtige oder zukünftige Leistung eine Geldleistung mit den an eine solche geknüpften Folgen sei oder sein solle.

## § 144.

### d) Die testes und die imago populi.

Soll dieser in allen seinen Theilen ausgesprochene Wille sich auch ohne iniuria bethätigen können, so muß es genügen das so Gewollte zur Kenntniß derer zu bringen, die jene Bethätigung hindern würden, wenn sie in ihr ein ungerechtfertigtes Handeln, vis oder iniuria, sehen müßten. Sind diese daher aufgefordert (rogati) Zeugen (testes) der Erklärung eines Willens zu sein, der das Recht der Bethätigung begründen soll, so ist der Zweck dieser Aufforderung kein anderer, als Beurtheiler des Vorgangs zu haben d. h. es sollen diese testes des Vorganges zugleich arbitri desselben sein. [1]) Sie werden rogirt zu einem bestimmten, ihnen vorher bekannt gemachten Acte [2]), und würden sich nicht dazu hergeben

---

[14]) Varro de L. L. VII. § 105. (§ 123. N. 996.) — Fest. v. Nexum. (§ 123. N. 997.)

[1]) Daß testis mit stare zusammenhängt, ist wohl unzweifelhaft. Der testis ist zunächst nur der bei einem Vorgange „dabei Stehende" und den Vorgang deßhalb Wahrnehmende. Wenn aber Ihering a. a. O. I. S. 144 aus diesem Dabeistehen einen „Beistand" bei der Selbsthülfe herleitet, so scheint mir dieß sehr bedenklich, da sich meines Wissens nirgends eine Andeutung findet, daß der testis „Beistand" in dem Sinne von „Beistehender, Helfender" sei. Wohl aber vertauscht der römische Sprachgebrauch das Wort testis mit „arbiter". [Liv. I. 21. „sine arbitris". Eod. I. 41. „arbitros eiicit". II. 4. 37. III. 36. Cic. de rep. I. 17. „. . quam qui nullo arbitro vel secum ipsi loquantur . ." und die bei Danz, Sacr. Schutz S. 41. Not. 14 angeführten Stellen.] Denn dem wird sich der Zeuge eines Vorganges nicht leicht entziehen, auch arbiter des Gehörten oder Gesehenen zu sein. Ist aber der Zeuge zugleich arbiter eines rechtlichen Vorganges, so hängt die Bedeutung seines arbitrium und die sich daraus ergebenden Wirkungen von seiner staatlichen (oder religiösen) Stellung zu dem fraglichen Vorgange ab. Ist der Zeuge das Volk oder der Magistrat, so können diese zunächst wie jeder andere testis auch beurtheilen, ob das vor ihnen Vorgenommene iustum oder iniustum war. War das Vorgenommene ein iniustum, so haben sie die Macht und die Pflicht gegen daraus hervorgehende vis und iniuria einzuschreiten, während für einen privaten Augen- oder Ohrenzeugen diese Pflicht nicht vorhanden ist. War es aber ein iustum so werden sie den iuste agens nicht hindern, sich sein Recht zu verschaffen, und der iustus hatte dadurch Alles erreicht, was in ältester Zeit an rechtlichem Schutze gewährt war: das Recht sich selbst zu helfen, ohne zu fürchten, daß in seiner Handlung eine vis gesehen werde, die das Volk oder der Magistrat nicht dulden würden. Es rührt sich eben keine Hand um ihn in seiner Selbsthülfe zu hindern. — Danz a. a. O. S. 36 ff.

[2]) 1116. fr. 21. § 2. D. qui testam. fac. (28, 1.) „In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet: quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere. — In dem „rogare" liegt aber selbst der Wortbedeutung nach nicht blos ein Auffordern, sondern auch eine Frage, auf die man Antwort erwartet. Der nicht rogirte testis ist deßhalb mit superstes auch völlig gleichbedeutend.

Zeugen eines Vorganges zu sein, den sie für unrecht halten müßten[3]. Dadurch, daß sie der an sie ergangenen rogatio Folge leisten, bekennen sie, daß sie die causa des vor ihnen vorzunehmenden Geschäfts als eine iusta anerkennen; durch ihre Assistenz arbitriren sie zugleich über diese iusta causa. Sie sind deßhalb nicht mehr blos passive adstantes, superstites, sondern activ, durch ihre Billigung Mithandelnde bei dem solennen Acte.

In der vorhistorischen Zeit mag es genügt haben, daß man der Genossen so viele aufforderte, als man nöthig hielt und haben konnte. Schon in den ältesten Zeiten, die uns historisch beglaubigt sind, ist an deren Stelle der populus selbst oder die imago populi getreten, ohne daß man sagen könnte, der Gebrauch der imago populi sei jünger, als der des wirklichen populus.

1) Der populus als testis. — Wir haben noch völlig beglaubigte Acte, zu deren Sanction der wirkliche populus nicht, wie bei der Arrogation, als abstimmende Versammlung, sondern nur als Zeugnißversammlung berufen wird. Es ist dies der Fall bei dem testamentum calatis comitiis und bei dem Austritt aus dem Patriciat.[4]

2) Die imago populi. — Die imago ist im römischen Rechtsverkehr die Nachahmung, Abbildung oder Darstellung eines sinnlich Wahrnehmbaren durch sinnlich Wahrnehmbares und unterscheidet sich dadurch wesentlich vom Symbol im Rechte (signum), das den Zweck hat sinnlich nicht Wahrnehmbares, also namentlich einen Rechtsgedanken, durch sinnlich Wahrnehmbares auszudrücken.[5]

Damit aber die imago im Rechte ganz gleich dem Urbilde wirke, ist es nicht genug, daß ihr wirklich kein wesentlicher Theil des Urbilds fehlt, sondern es darf auch, damit kein Zweifel übrig bleibe, die Unterschrift des Bildes nicht fehlen d. h. es muß gesagt sein, was die imago vorstellen solle.

Um aber eine imago populi darzustellen war zunächst eine bestimmte Zahl von Personen nothwendig. Ueberall, wo die imago populi beschrieben wird, ist aber eine Gränze festgesetzt, über die hinaus die Darstellung aufhört ein Abbild zu sein, und somit die Wirkung nicht mehr eintritt, welche die Zuziehung des wirklichen populus hervorgebracht haben würde. Es gehört zur imago populi eine Minimalzahl von Personen, daher immer: non minus quam. Die äußerste Gränze dieses minimum einer imago populi ist aber die Darstellung des Volkes durch seine größten Abtheilungen, diese aber dargestellt durch die geringste Zahl der sie bildenden d. h. jede dieser größten Abtheilungen durch eine einzige Person.[6] Weniger ist nicht möglich, aber auch mehr nicht nöthig. Wir sehen daher, daß

---

3) fr. 20. § 10. D. eod. (28, 1.) „Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant, non valere testamentum." — Daß das, was von den Solennitätszeugen bei Testamenten gesagt ist, bei allen Geschäften mit Zuziehung von Solennitätszeugen gilt, versteht sich von selbst, da auch diese rogirt werden müssen, einer rogatio aber natürlich eine Einwilligung oder Nichteinwilligung als Antwort folgen muß.

4) Mommsen, Röm. Forschungen Bd. I. S. 126. 270. Gell. XV. 27. „calatis comitiis in populi concione." (§ 9. N. 60.)

5) Cic. Orat. 31. Id. de finib. V. 1. Id. de natura deor. I. 12. Serv. ad Aen. XII. 206. „. . . ut sceptrum tenentes, quasi imaginem simulacri redderent Iovis." — Daher ist die nexi liberatio wirklich eine imaginaria solutio (Gai. III. 173.), weil das Zahlen wirklich sinnlich abgebildet wird, durch das Hingeben des aes als libra prima postremaque. Dagegen ist das Berühren der Sache mit der hasta ein Symbol, ein signum des iustum dominium. (Gai. IV. 16.) und eben so ist die acceptilatio, weil ihr die sinnliche Abbildung des Zahlens fehlt, nur eine veluti imaginaria solutio. (Gai. III. 169.) — Eine reiche Zusammenstellung symbolischer Acte bei Leist, Mancipation S. 152 ff. — Ihering a. a. O. II. 2. S. 534.

6) Es erklärt sich dieß aus der staatsrechtlichen Eigenthümlichkeit bei den Römern, daß die Zahl der Theilnehmer, selbst in gesetzgebenden und Wahl-Versammlungen, ihnen indifferent war, wenn nur die Abtheilung vertreten war, gleichviel ob durch viele oder wenige. Liv. VII. 8. Cic. pro Sext. 51. (§ 9. N. 56. 57.)

in der uralten Form der Kriegserklärung, als noch die größte Volksabtheilung die der drei Stammtribus war, der populus schon durch drei puberes cives Romani vertreten wurde.[7]) — Mit der Centurienverfassung, dem comitiatus maximus, werden die fünf Classen die größte Volksabtheilung, und wir sehen, daß nun das Minimum, welches zur imago populi nöthig ist, non minus quam quinque puberes cives Romani sind.[8])

Wenn aber diese tres oder quinque testes als imago populi gelten sollten, so mußte auch gesagt sein, daß sie das Volk wären. Nach Außen geradezu durch die Benennung „populus";[9]) dagegen im innern Verkehr, unter Römern selbst, dadurch, daß man die rogirten testes anredete: „Quirites".[10])

## § 145.

### e) Der Zeugenaufruf.

Daß man das Volk nicht als Zeugen zum Zwecke eines zukünftigen Beweises zuzieht, versteht sich von selbst.[1]) Daß aber die Einzelnen, die bei der imago populi fungirten, als Beweiszeugen später benutzt werden können, ist eben so unzweifelhaft.[2])

---

[7]) Liv. I. 32. (§ 37. N. 396.). — Hier sagt der Fetial und das römische Volk (ego populusque Romanus) den Krieg an, sie Beide sind bei dem Ansagen gegenwärtig. Der Fetial sagt den Krieg nicht an im Namen des römischen Volks, sondern das Volk selbst imaginarie dargestellt in den tres puberes d. h. in seinen drei tribus durch drei Personen, als die Minimalzahl des organisirten populus, sagt den Krieg an.

[8]) Gai. I. 113. 119. (§ 123. N. 990.) Ulp. XX. 2. — Daß die zehn testes bei der confarreatio die zehn Curien einer Stammtribus repräsentiren, ist längst erkannt. — Walter Bd. II. § 504. — Ueber die späteren non minus quam septem testes vergl. Bodemeyer, die Zahlen des röm. Rechts. S. 79 ff.

[9]) Liv. I. 32. (S. oben Note 7.)

[10]) Wenn der populus in Rom zusammengerufen wird (inlicium vocatur) ad magistratus conspectum, so wird der populus Romanus Quiritium aufgerufen durch die Anrede: Quirites. **1117**. Varro de L. L. VI. 86. „. . omnes Quirites, pedites, armatos privatosque . . voca inlicium ad me. Id. VI. 88. „Accensus dicit sic: Omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad Iudices." (§ 14. N. 116.) **1118**. Id. VI. 94. „Quare non est dubium, quin hoc inlicium sit, quom circum muros itur, ut populus inliciatur ad magistratus conspectum, qui Quirites vocare potest in eum locum, unde vox ad contionem vocantis exaudiri potest." — Bei testes wird also, damit kein Zweifel sei, daß die rogati (gewissermaßen inlicium vocati) testes den populus vorstellen sollen, in der Anrede an die testes der Name „Quirites" gebraucht, denn unter diesem Titel wurde das stimmfähige „Volk" zusammengerufen. Denn Quirites sind „die bürgerlich zum Schutz vereinten Männer". Göttling, Staatsverfassung S. 60 ff. Becker, Röm. Alterth. II. 1. S. 19 ff. Auch Ihering a. a. O. II. 2. S 677 sieht in der Anrede als Quirites, freilich nur mit Rücksicht auf die Testamentserrichtung eine „aus der ehemaligen Form der Testamentserrichtung in die neuere hinübergegangene Ansprache an das Volk."

[1]) Danz, Sacral. Schutz S. 38. — Es ist kein Grund zu finden, aus dem das, was von den Testamentszeugen gesagt ist, nicht auch auf die Zeugen beim nexum und mancipium bezogen werden könnte.

[2]) Probare kann auch der nicht rogirte Zeuge, aber testari, durch seine Assistenz einen Rechtsact solennisiren, thut, technisch bezeichnet, nur der rogirte Zeuge. Der improbus wird unfähig zum probare; der intestabilis aber zum testari. Das freilich versteht sich von selbst, daß wenn die Solennitätszeugen über die Gerechtigkeit des vor ihnen vorgenommenen Actes arbitriren sollen, sie den wesentlichen Inhalt kennen müssen. fr. 21. pr. D. qui testam. (28, 1.) — Nur zum Zwecke des Beweises zugezogene Zeugen finden sich z. B. in folgenden Stellen erwähnt: Dion. II. 15. (§ 104. N. 782.) **1119**. Fragm. Vat. § 35. „. . certa et vera proprietatis vicinis praesentibus demonstretur . . . ut . . ostendendae proprietatis probatio compleatur. — **1120**. Eod. § 249. „ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate, omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat." **1121**. Cic. pro Cluent. 12. „amicis adhibitis praesente matre sua,

Zu der Sanction des Geschäfts oder — um die herkömmliche Bezeichnung zu gebrauchen — zur Solennisirung des Actes werden die Zeugen aufgefordert, durch die Formel: Testes estote oder Testimonium perhibetote. Dieses testis esse oder testimonium perhibere muß aber nach dieser Formel eine gegenwärtige Handlung der Zeugen sein. Denn daß das testimonium perhibere ein auf sofortige Wirkung berechneter Act ist, beweist schlagend eine auch in anderer Beziehung interessante Aeußerung des Paullus.[3] Nach dieser Stelle nimmt der Testator selbst schon ihr „testimonium perhibere" wahr, er hört sie „testimonium perhibere" im Augenblicke der Testamentserrichtung. Ihre Aussage als Zeugen über den Inhalt des Testaments nach dem Tode des Testators ist also das hier gemeinte und gewollte testimonium perhibere nicht, und also auch nicht der nächste Zweck ihres accire.

Worin aber dieses „testimonium perhibere" bestand, welches der Testirer hören mußte, läßt sich, wie mir scheint, ziemlich sicher bestimmen.

1) Das testimonium perhibere muß eine mündliche Erklärung der testes gewesen sein, denn der Testator mußte sie hören.

2) Sie muß von jedem Zeugen abgegeben worden sein, denn der Testator soll die adhibiti testes hören, nicht aber blos den oder jenen testis. Jeder Zeuge muß also dieselbe mündliche Erklärung abgegeben haben.

3) Bei Gai. III. 104. wird die nuncupatio beim schriftlichen Testamente, und bei Ulp. XX. 9. die nuncupatio et testatio beschrieben. Hierbei schließen die solennen Worte mit den an die Zeugen gerichteten Worten: testimonium mihi perhibetote. Daß auf diese Aufforderung irgend eine Erklärung der Zeugen, daß sie testimonium perhibere wollen, folgen mußte, versteht sich fast schon von selbst. Wenn also Paullus sagt, der Blinde habe die testes testimonium perhibentes gehört, so kann dieß schwerlich etwas Anderes gewesen sein als eine darauf gehende mündliche Erklärung, daß sie testes dieses Actes hiermit sein wollten, woraus sich von selbst ergab, daß sie arbitrirten, das vor ihren Augen und Ohren Vorgenommene sei ein iustum. Wie diese Worte der Zeugen gelautet haben mögen ist freilich uns nicht überliefert, aber es würde genügt haben, wenn der Zeuge gesagt hätte: Testis sum, ähnlich wie der praes sagte: Praes sum.[4] Es würde sich diese Vermuthung noch mehr rechtfertigen, wenn man aus den uns erhaltenen Testamenten späterer Zeit die Art der Unterschrift der Zeugen hierher beziehen dürfte. Sie unterschreiben: rogatus testis subscripsi, worin materiell ganz dasselbe liegt, was beim mündlichen Testamente in dem „testis sum" auf das vorhergegangene testimonium mihi perhibetote liegt. Daß der testis als „rogatus" nun „subscripsit" soll nichts Anderes bezeugen, als daß er assistirender testis habe sein wollen und den Act durch diese seine Assistenz gebilligt habe.

4) Die Folgen der Assistenz für den Zeugen: Gegen den Zeugen, welcher dann, wenn es sich um den formalen Bestand des testirten Geschäfts handelt, nicht zugestehen wollte, daß er als Solennitätszeuge dabei gewesen sei, daß er testimonium perhibuerat, geht die Strafe der zwölf Tafeln: Qui se sierit testarier

---

Dinea, uxorem suam interrogavit, essetne praegnans . ." Eben so das bei Puchta III. § 289. Not. f. abgedruckte Fragment des Seneca. In allen diesen Fällen ist auf eine rechtliche oder politische Qualität des Zeugen keine Rücksicht genommen, es genügt, daß er die thatsächliche Eigenschaft eines vicinus, parens, cognatus oder dergl. hat. Alle diese sind meist bezeichnet als superstites, denn es kommt nur darauf an, daß sie über etwas aussagen können, weil sie dabei zugegen waren. (Testis mihi eris.)

3) **1122.** Paull. III. 4ª § 4. „Caecus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes et audire testimonium perhibentes."

4) Wie auch bei der Arrogation: auctor sum. Cic. pro domo c. 29.

libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto."[5]) Daß diese Bestimmung der zwölf Tafeln erst in zweiter Linie auf das Zeugniß über den Inhalt des Geschäfts geht, sieht man am deutlichsten bei den Solennitätszeugen eines schriftlichen Testamentes, bei dem der Zeuge regelmäßig über den Inhalt desselben nichts aussagen kann. Dennoch würde auch ihn die Strafe der zwölf Tafeln treffen, wenn er sich weigerte auszusagen, daß er dabei Solennitätszeuge gewesen wäre. Unmöglich kann ihn bei andern Geschäften, bei denen er als Solennitätszeuge fungirt hat, diese Strafe auch dann treffen, wenn er sich deßhalb weigert über den Inhalt des Geschäfts Zeugniß abzulegen, weil wegen der Länge der Zeit ihm der Inhalt aus dem Gedächtniß entschwunden wäre. Allerdings wohl aber würde diese Strafe den treffen, der den Inhalt des Geschäfts gar nicht verstehen konnte, wenn er leugnen wollte, daß er Solennitätszeuge gewesen sei ni testimonium fatiatur, wenn er sein gewährtes Solennitätszeugniß nicht zugestehen wollte. Es genügt schon für seine Strafbarkeit in diesem Falle, wenn er nur wußte, daß er Solennitätszeuge bei dem Acte war.[6])

Solennitätszeugniß abzulegen war, wenigstens zur Zeit der zwölf Tafeln, eine Bürgerpflicht, denn daß das „obvagulatum ire ob portum" der zwölf Tafeln nicht die einfache Erlaubniß enthält, laut klagend vor ein Haus zu gehen, ohne daß schließlich nach dreimaliger Wiederholung eine Wirkung dieses Klagens erfolge, ist undenkbar. Und welche andere Wirkung hätte dieß sein können, als daß der schließlich testis sein mußte, der auf diese Weise angesprochen war, wenn er nicht Gründe seiner Weigerung angeben konnte.[7]) Weigerte er sich aber zu kommen ohne einen Grund der Weigerung anzugeben, dann traf ihn sicher eine Strafe, und hätte diese nur in seiner ignominia bestanden.

Wohl kaum anders wird es sich aber mit dem libripens verhalten haben. Wer sollte ihn anders zu dieser Function aufgefordert haben, als der, der auch die testes als testes rogirte? Ueberall wird in unsern Quellen der libripens mit den testes auf eine Linie gestellt. Alles was von diesen gilt, gilt auch von ihm;[8]) und wenn er zu dieser Function rogirt war, wird wohl auch seine ausdrückliche Zustimmung nicht gefehlt haben, denn auch der libripens durfte, um das accire des Testators zu hören, nicht taub, und um seine Einwilligung auszusprechen, nicht stumm sein.[9])

---

5) Ueber die Lesart des mit „fateri, infitiari" zusammenhängenden „fatiatur" vergl. Schöll, Leg. XII. tab. reliquiae p. 94.

6) **1123**. fr. 20. § 9. D. qui testam. (28, 1.) „Non tamen intelligentiam sermonis exigimus; hoc enim Divus Marcus Didio Iuliano in teste, qui latine non noverat, rescripsit, nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere." Der Latein nicht Verstehende muß wissen, daß er zur Errichtung eines Testamentes (einer Mancipation, eines Nexum) zugezogen ist. Seine Assistenz genügt zum testari und probare des Actes, aber nicht zum probare des Inhalts. — Auch der libripens hat sicher kein anderes testimonium zu fatiari, als daß er bei dem fraglichen Acte als libripens fungirt habe. — Daß die Zeugen auch über den Inhalt, so weit er zu ihrer Kenntniß gekommen war, abgehört werden konnten, versteht sich; aber wenn sie die „conscientia" testamenti verloren hatten, so waren sie sicher nicht straffällig, si testimonium über den Inhalt non fatiantur. arg. c. 6. C. Th. de testam. (4, 4.)

7) **1124**. Fest. v. Portum in XII pro domo positum omnes fere consentiunt: Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito." — Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragmente S. 208 ff. Schöll, Reliquiae leg. XII tab. p. 121.

8) **1125**. Gai. II. 107. „De libripende eadem, quae de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est."

9) **1126**. Ulp. XX. 7. „Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina neque familiae emptor esse, neque testis libripensve fieri potest." Er mußte natürlich hören, um den Zeugenaufruf und die Aufforderung, libripens zu sein, zu hören, und reden so viel und zu demselben Zwecke, wie die Zeugen, also seine Einwilligung, als libripens fungiren zu wollen, wohl ebenfalls durch ein: libripens sum oder Aehnliches auszusprechen.

## § 146.

### B. Nexum *).

1. Form des Nexum. [a]) — 2. Wirkungen desselben. [b]) — 3. Auflösung desselben. [c]) — 4. Dessen Umwandlungen und Verschwinden. [d])

*) Hugo S. 211. 280. bes. aber S. 282. 283. 285. Schweppe § 252. 301 a. Walter § 616. v. Tigerström § 118. Rein S. 649 ff. Kuntze, Cursus I. § 647. 650. 652. II. S. 129—133. Keller, Institt. S. 87 ff. — Niebuhr, röm. Gesch. Bd. I. Ausg. 3. S. 638 folgg. Zimmern, Bd. III. S. 124. 125. Göttling, Gesch. der röm. Staatsverf. S. 123. — Puchta, Lehrbuch für Institutionenvorlesungen. München 1829. S. XXVIII — XL. Derselbe, Cursus II. § 162. Not. m. o. III. § 269. Not. q. 273. Not. e. Christiansen a. a. O. S. 140. 168 folgg. v. Savigny, Ueber das altrömische Schuldrecht. Berl. 1834. Derselbe, Verm. Schriften Thl. II. Nr. XIX. Schilling, Lehrbuch für Institutionen. Leipzig 1837. Bd. II. S. 514. 515. v. Scheurl, Vom Nexum. Erlangen 1839. (Dazu Schilling in Richters krit. Jahrbüch. Jahrg. III. S. 200 folgg.) Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840. Bd. I. S. 29 folgg. C. Sell, De juris Romani nexo et mancipio. Brunswic. 1840. Andr. Com. van Heusde, Disquisitio historico-juridica de lege Poetelia. Traj. ad Rhen. 1842. Bachofen, Das Nexum. 1843. (Ueber die drei Vorhergenannten die Rec. v. Glöden in den krit. Jahrb. XVII. S. 385 ff.) Huschke, Ueber das Recht des Nexum und das alte röm. Schuldrecht. 1846. Giraud, Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains. Paris 1847. Bekker, die Aktionen des röm. Privatrechts. I. S. 22 ff.

---

Die hierbei vorkommenden technischen Bezeichnungen sind: 1) Für die unter der Form des nexum Contrahirenden: nexu obligari (Cic. pro Mur. 2); nexum inire (Liv. VII. 19. N. 1135); nexum sedare (Liv. VIII. 28. Val. Max. VI. 1. § 9.) — 2) Das durch Nexum geliehene Geld, nexa pecunia.

**a)** Form des Nexum. — **1127.** Varro de L. L. VII. § 105. „Nexum Mamilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mutius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam mancipio detur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam idem, quod obligatur per libram neque suum sit, inde nexum dictum.“ **1128.** Fest. v. „Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, inde necti dicitur, quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.“ **1129.** Fest. v. „Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.“ **1130.** Cic. de orat. III. 40. „Atque hoc in genere persaepe mihi admirandum videtur, quid sit quod omnes translatis et alienis magis delectentur verbis, quam propriis et suis. Nam si res suum nomen et proprium vocabulum non habet, ut pes in navi, ut nexum, quod per aes et libram agitur, ut in uxore divortium: necessitas cogit, quod non habeas, aliunde sumere . .“ Aggen. Urb. ed. Lachm. p. 62. (§ 56. N. 506.) — Nach Huschke (Nexum S. 50) lautete die Formel beim Nexum als Darlehn ohngefähr: Quod ego tibi mile libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum iure nexi dare damnas esto.

**b)** Wirkungen. 1) Das Nexum selbst. **1131.** Varro de L. L. VII. 105. „Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.“ **1132.** Fest. v. „Nectere ligare significat . .“ **1133.** Liv. II. 23. „Sabino bello, ait, . . tributum iniquo suo tempore imperatum, aes alienum fecisse : id cumulatum usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis

aliis : postremo velut tabem pervenisse ad corpus. Ductum se ab creditore, non in servitium, sed in ergastulum et carnificinam esse. — — Nexu vincti solutique se undique in publicum proripiunt, implorant Quiritium fidem." (Salmas. de modo usur. p. 93 schlägt vor zu lesen: Nexi vincti solutique.) **1134**. Id. II. 24. „Concioni deinde edicto addidit fidem (sc. Cons. Servilius a. u. 259), quo edixit: Ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fieret. Ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur." **1135**. Id. VII. 19. „nam etsi unciario foenore facto levata usura erat, sorte ipsa obruebantur inopes, nexumque inibant." **1136**. Dion. VI. 83. „εὑρόντες δὲ ἀποτόμους τῶν δανείων ἀναπράξεις τῶν παρόντων κακῶν αἰτίας γεγονυίας, οὕτως αὐτὰς διορθούμεθα· [a] τοὺς ὀφείλοντας χρέα καὶ μὴ δυναμένους διαλύσασθαι, πάντας ἀφεῖσθαι τῶν ὀφειλημάτων δικαιοῦμεν. [b] καὶ εἴ τινων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμαις προςθεσμίαις κατέχεται, καὶ ταῦτα ἐλεύθερα εἶναι κρίνομεν· [c] ὅσοι τε δίκαις ἁλόντες ἰδίαις, παρεδόθησαν τοῖς καταδικασαμένοις, καὶ τούτους ἐλευθέρους εἶναι βουλόμεθα, καὶ τὰς καταγνώσεις αὐτῶν ἀκύρους ποιοῦμεν." [Quum autem comperiamus, asperas aeris alieni exactiones praesentium malorum causam esse, sic eas corrigimus. — a) Illis omnibus qui aes alienum contraxerunt, nec sunt solvendo, ut id remittatur aequum esse censemus; — b) et, si quorum corpora, elapso iam legitimo ac praestituto pecuniae solvendae tempore, a creditoribus detinentur, haec quoque libera esse placet; — c) et quotquot in iudiciis privatis damnati, addicti sunt creditoribus, qui eos damnandos curarunt, hoc quoque liberos esse volumus, et eorum damnationes irritas facimus.] Zu dieser Stelle Walter § 616. Not. 13. — Kuntze II. S. 130 stellt die Wirkung des nexum als eine friedliche, civile captivitas dar, welche das caput nicht vernichtete, sondern nur suspendirte; der nexus war servi loco und durch liberatio per aes et libram rehabilitirt, gewissermaßen iure postliminii, und war deßhalb nicht libertinus.

2) Die Nebenbestimmungen. — Huschke, Nexum S. 96 ff. — Fest. v. Nuncupata (§ 123. N. 998.). — Hinsichtlich der beim nexum bedungenen Zinsen nimmt Huschke S. 109 an, daß die Zinsverbindlichkeit durch den Zusatz „cum foenore" zur obigen Formel hergestellt worden sei, also: Quod ego tibi mile libras cum foenore (z. B. semissario) etc. — Ueber die Zinsen beim nexum vergl. Liv. II. 23. (N. 1133). **1137**. Liv. VI. 14. „Se militantem, se restituentem eversos penates multiplici iam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris (die das anschwellende Capital gewissermaßen untertauchenden, überschwemmenden Zinsen) obrutum foenore esse."

**c)** Auflösung desselben. — Huschke S. 224 ff. — 1) Durch die allen Obligationen gemeinsamen Aufhebungsgründe, wie solutio etc. — 2) Nexi liberatio. — **1138**. Gai. III. 173. „(Est) etiam alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit; sive quid ex iudicati causa debeatur." 174. „Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eo nomine, veluti secundum mancipium, sum damnas (al. eo nomine iure nexi debeo) solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque secundum legem publicam; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa." 175. „Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, ubi qua de causa alteri damnatum se esse significatur, heres *ei se testamento* dare damnatum esse significat." — (Wenn die Bluhme'sche Lesung der Siglen bei Gai. III. 174, wie sie in Böcking's Apographum des Veronesischen Codex sich finden, angenommen wird, so möchte diese Stelle vielleicht so zu lesen sein: „Adhibentur autem non minus quam quinque testes

et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eo nomine veluti ex iudicati causa damnas sum solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremam quot perinde lege iure obligatus [sum]; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa." — Da, wo ich „ex iudicati causa" gelesen habe, hat Bluhme in Zwischenräumen gelesen: i d e u a r. Daß nun bei der nexi liberatio, ganz in gleicher Weise wie bei der acceptilatio einer verborum obligatio, der Grund, aus dem man schuldete (quae tibi promisi) angegeben werden mußte, kann schwerlich bezweifelt werden. Zu Gaius' Zeit gab es drei Obligationsgründe, die durch nexi liberatio aufgehoben werden konnten: quod per aes et libram gestum est (offenbar das nexum im engeren Sinne), legatum per damnationem und iudicatum. Die imaginaria solutio durch in contrarium agere beruht aber in nichts Anderem, als in der Erklärung, daß gerade das so geleistet sei, wie man es aus einer bestimmten causa schuldig war. (Gai. III. 129. 169. 170.) . Diese causa muß aber genannt sein, so will es das ius strictum. Wir werden in unserer Stelle annehmen müssen, daß eine jener drei causae, aus welcher der Schuldner damnas war, genannt sein muß, und „iudicati causa" möchte sich nicht allein am leichtesten aus den Bluhme'schen Siglen lesen lassen, sondern war auch wohl zu Gaius' Zeit der häufigste Fall der nexi liberatio. Nach dem Worte „postremam" folgen die Siglen: „qcerindelegeiureōlligatu'". Sie scheinen mir am einfachsten aufzulösen in: „quot perinde lege iure obligatus" d. h. „wie viel ich auf gleiche Art nach Gesetz und Recht schulde." — **1138**[a]. Cic. de legg. II. 20. „Quin etiam cavent, ut, cui plus legatum sit, quam sine religione capere liceat, is per aes et libram heredem testamenti solvat, propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset."

**d)** Umwandlungen und Verschwinden des nexum. — 1) Lex Poetelia. (u. c. 435.) — Huschke S. 81. 129 ff. Rein S. 656. Not. 2. **1139**. Liv. VIII. 28. „Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei: jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti: cautumque in posterum, ne necterentur." **1140**. Cic. de rep. II. 34. „Fuerat aliqua ratio majoribus nostris in illo aere alieno medendi, quae neque Solonem . . . fugerat, neque post aliquanto nostrum senatum, quum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum; . . ." **1141**. Dion. Exc. ed. Reisk. IV. p. 2339. „καὶ δι' ἐκεῖνο τὸ πάθος ἅπαντες οἱ δουλωθέντες πρὸς τὰ χρέα Ῥωμαῖοι, νόμῳ κυρωθέντι τὴν ἀρχαίαν ἐλευθερίαν ἐκομίσαντο." [atque ob hunc casum cuncti, qui ob aes alienum nexi erant, lege lata soluti, pristinam libertatem recuperarunt.] **1142**. Suidas v. Γάϊος. „. . . Ποπλίου υἱὸς . . δάνειον, ἠναναγκάσθη λαβεῖν . . . ἀπήχθη πρὸς τὸ χρέος, τῆς προθεσμίας παρελθούσης . . . οὗτος τὰ μὲν ἄλλα ὑπηρετῶν ὅσα δούλους δεσπόταις νόμος ἦν, ἠνείχετο· τὴν δὲ τοῦ σώματος ὥραν χαρίσασθαι κελευόμενος, ἠγανάκτει καὶ μέχρι παντὸς ἀπεμάχετο· πόλλας δὲ διὰ τοῦτο μαστίγων λαβὼν πλήγας . . . μαστίγων τοὺς μώλωπας ὑπέδειξεν . . . καὶ δι' ἐκεῖνο τὸ πάθος ἅπαντες οἱ δουλωθέντες πρὸς τὰ χρέα Ῥωμαῖοι, νόμῳ κυρωθέντι, ἀρχαίαν ἐλευθερίαν ἐκομίσαντο." [Publii filius . . mutuo pecuniam accipere coactus est . . . elapso praefiniti temporis spatio propter debitum abductus est . . . hic cetera quidem officia, quae servos dominis praestare mos est, patienter serviens praestabat. Sed corporis formam gratificari jussus, indignabatur, summaque vi repugnabat. Hac autem de causa quum multas verborum plagas accepisset . . . verberum vibices ostendit. — — Ob illam cladem omnes Romani, qui propter suum aes alienum in servitutem abducti fuerant, lege perlata, pristinam libertatem recuperarunt.] **1143**. Varro de L. L. VII. 105. „Hoc C. Popliiio auctore* Visolo* dictatore sublatum ne fieret, ut

omnis, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, sed soluti." (So Müller.) Huschke S. 131 liest: „Hoc C. Poetelio rogante solo dictatore sublatum ne fieret, et omnis, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti." Bruns, Fontes p. 218 eben so wie Huschke nur: „Hoc C. Popillio auctore, Sillo dictatore sublatum" etc. — Als Hauptbestimmungen des Gesetzes hat Huschke S. 132 wohl ganz richtig folgende angegeben: 1) Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. — 2) Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset. — 3) Ne quis posthac ob aes alienum necteretur. — 4) Ut omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi, solverentur. — Es sollte für Geldschulden blos noch das Vermögen, nicht mehr die Person selbst haften. Wie aber der Gläubiger nun aus den bona zu befriedigen sei, war dem imperium des Magistrats überlassen. Der Gläubiger hatte keine eigenmächtige ductio mehr, der Prätor konnte aber den iudicatus immer noch zur Detention überlassen. Nectirt konnte nicht mehr der Schuldner werden, wohl aber noch Geld, daher war das nexum selbst nicht durch das Gesetz aufgehoben und blieb daher bei verschiedenen Geschäften noch praktisch in Gebrauch. — So richtig Huschke S. 132 ff. — 2) Verschwinden des nexum. — Da die eigenmächtige Execution nun aufgehört hatte, war kein praktischer Grund mehr vorhanden sich der umständlichen Form des nexum statt der gleich wirksamen Stipulation zu bedienen. (Huschke S. 136.) So spricht daher Festus v. „Nexum". (N. 1129) nur noch vom nexum als etwas „apud antiquos" Vorkommendem und Gaius erwähnt es wohl nur noch als ein theoretisch noch bestehendes Institut.

Ueber das eigentliche Wesen des nexum sind die mannichfachsten Ansichten aufgestellt worden. Eine Kritik derselben zu geben, würde das Maß des Lehrbuchs weit überschreiten; ich habe mich daher begnügt die verschiedenen Ansichten in ihren Grundzügen einfach zu referiren.

1) Niebuhr geht von einer Stelle des Dionysius (VI. 83.) (N. 1136) aus und unterscheidet zuvörderst die Gründe der Verschuldung, ob nämlich dieselbe entstanden sei aus förmlichem Borgen, oder aus Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit oder aus Delicten mit Privatstrafe. Wer nun seiner durch einen Spruch des Prätors anerkannten Zahlungsverbindlichkeit nicht genügte, wurde dem Gläubiger als Schuldknecht zugesprochen und war addictus. Wer dagegen sich und Alles, was sein war, per aes et libram vor Zeugen der Form nach verkauft, ist nexus. Dieses Verhältniß, was nur durch den eigenen Willen des Schuldners zur Entstehung kommen kann, ist aber wesentlich nur eine Verpfändung; diese Idee der Verpfändung ist aber erst später entstanden, denn ursprünglich war dieses Geschäft ein wirklicher Verkauf. Nachdem sich auf diese Weise wirklicher und Schein-Verkauf im Leben geschieden hatten, trennte man beide Geschäfte auch durch den Sprachgebrauch, indem man die wirkliche Uebertragung des Eigenthums „mancipium", dagegen die Förmlichkeit, bei welcher das Eigenthum blieb, aber die Sache obligirt wurde, „nexum" nannte. Der Freie, der durch Uebereinkunft die Schuld, für welche er sich per aes et libram verkauft hatte, durch Knechtsarbeit abtrug, hieß nexus. So lange ein solcher nexus nun nicht addicirt war, hatte er gleiches Recht mit jedem ledigen Bürger (nexo solutoque idem ius esto), sobald er aber addicirt war, verlor er seine bürgerliche Ehre, ἐπιτιμία. (Fest. v. Deminutus capite appellatur — qui liber alteri mancipio datus est. Dion. VI. 41. Appian. VI. 59.) Der addictus kam mit Kindern und Enkeln, die in seiner Gewalt waren, in die Schuldknechtschaft. — Mit dieser Darstellung und Auffassung des Verhältnisses der nexi und addicti stimmt auch Zimmern a. a. O. überein.

2) Savigny's Darstellung der eigentlichen Natur des Nexum (welcher in neuerer Zeit Bachofen, De Romanorum iudic. civil. Goett. 1840. p. 90 ss. vollkommen gefolgt ist) geht von dem Satze aus, daß bei den Römern alle Schulden, deren Entstehungsgrund — nicht Gegenstand — geliehenes baares Geld ist, also alle Gelddarlehen, vor

allen übrigen Schulden durch ein strengeres Verfahren ausgezeichnet gewesen wären. Dieses strengere Verfahren habe aber in der bekannten strengen Execution gegen die Person des Schuldners bestanden. [Gell. XX. 1. „hanc autem fidem maiores nostri ... in negotiorum quoque contractibus sanxerunt: maximeque in pecuniae mutuaticiae usu atque commercio ... Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis XXX dies sunt dati ..." Liv. XI. 14. „Centurionem nobilem ... iudicatum pecuniae quum duci vidisset ..." Lex Gall. Cisalp. c. 21. 22. „A quocunque pecunia certa credita ... petetur .. duci iubeto ... A quo quid praeter pecuniam certam creditam ... petetur ... praetor ... decernito, eosque duci, bona eorum possideri, proscribive, venireque iubeto ..."] Durch die Willkühr der Parteien konnten aber alle Obligationen den Geldbarlehen in dieser strengen Wirkung gleichgestellt werden. Und gerade zu diesem Zwecke habe das nexum gedient. Das Zuwägen des Geldes habe aber seit der Einführung des Silbergeldes (485 u. c.) keinen Sinn mehr und werde so zum bloßen Symbol, so daß nexum für die spätere Zeit nichts weiter wäre, als eine symbolische Geldzahlung, vorgenommen in alter, jetzt ungebräuchlicher Form. Diese Anwendung soll dann nach Savigny in dreierlei Geschäften vorgekommen sein:

a) Zahlung als Kaufgeld, mancipatio, nexi datio, eben so gut bei wirklichem Kaufe als bei irgend einem andern Geschäfte.

b) Zahlung als Darlehn, nexi obligatio.. Auch hier wurde dieses symbolische Darlehn als Form der Begründung einer Obligation gebraucht, einerlei ob ein wirkliches Darlehn oder ein anderes Geschäft zu Grunde lag. Das so versprochene Geld hieß dann nexum aes oder nuncupata pecunia.

c) Zahlung zur Tilgung einer Schuld, nexi liberatio, als symbolische Schuldzahlung, eben sowohl neben einer wirklichen Zahlung (Liv. VI. 14. „Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit") als auch selbstständig, z. B. wenn eine Schuld erlassen werden sollte.

Durch nexum kann sich also jeder Freie der Addiction, also der Schuldknechtschaft aussetzen, worin er bis zur Zahlung verbleibt und so lange nexus heißt. Daher ist in den Stellen (Liv. VIII. 28. Val. Max. VI. 1. § 9.), wo von nexum dare und nexum se dare die Rede ist, das Wort nexus abgekürzt für propter nexum adiudicatus gesetzt, d. h. es ist ein freier Römer, welcher wegen Schulden ein nexum geschlossen und in Folge desselben durch Addiction in Schuldknechtschaft gerathen ist. Nach der Addiction blieb der Schuldner im Gefängnisse des Gläubigers dessen unbegränzter Willkühr unterworfen und mußte für ihn arbeiten. Durch die lex Poetelia (v. J. 428 u. c.) wurden nicht allein alle gegenwärtigen nexi (addicirte und nicht addicirte) frei, sondern überhaupt auch für die Zukunft das nexum ganz aufgehoben und hiernach es jetzt unmöglich gemacht jene Kraft eines Darlehns mit irgend einer andern Schuld — besonders einer Zinsschuld — zu verknüpfen. Es wäre dann die Addiction nur noch für den Fall des Darlehns übrig geblieben, aber auch zugleich für diesen Fall gemildert worden, indem der Gebrauch schwerer Fesseln untersagt wurde. Vorzüglich soll nun nach Savigny diese seine Ansicht über die Bedeutung des nexum unterstützt und bewiesen werden durch die Bestimmungen der lex Galliae Cisalpinae c. 21. u. 22., indem im wesentlichen in diesen Capiteln ausgesprochen sei, daß beim Geldbarlehn der confessus und indefensus habe addicirt werden dürfen (duci), in allen übrigen Sachen aber nur eine Execution in das Vermögen zugelassen sein sollte. — Den geschichtlichen Gang dieser ganzen Umwandlung hat nun Savigny (a. a. O. S. 25.) folgendermaßen zusammengefaßt: Die zwölf Tafeln gestatteten den Schuldner eines Geldbarlehens zu verhaften, in Fesseln gefangen zu halten und nach kurzer Zeit hinzurichten oder als Sclaven zu verkaufen. [Gell. XX. 1. „Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. —— Erat autem

ius interea paciscendi; ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta: inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent praedicabatur. — Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant."] Specielle Gesetze stellten dann diesem Falle einige besondere Schuldverhältnisse gleich (z. B. die lex Publilia, welche dem sponsor gestattete mit der actio depensi seinen Regreß gegen den Schuldner zu nehmen und die manus iniectio pro iudicato gab). Alle Schulden konnten aber den Geldschulden gleichgestellt werden durch die Form des nexum. Später kam die Hinrichtung und der Verkauf der Schuldner außer Gebrauch, an deren Stelle kam aber fortgesetzte Knechtsarbeit bei dem Gläubiger ohne allen Schutz gegen harte Behandlung. Die Lex Poetelia mildert den Zustand der Schuldgefangenen und hebt das Nexum auf. Seit dieser Zeit kommt die noch im neuesten Rechte, wenngleich gemilderte, Verhaftung und Schuldknechtschaft nur noch bei Klagen aus Gelddarlehen und bei der actio depensi vor.

3) Puchta erklärt sich das Nexum in dem Lehrbuch für Institutionenvorlesungen S. XXVIII. auf folgende Weise: Aes et libra war eine allgemeine Form, durch welche Obligationen verschiedenen Inhalts entstehen konnten. Bei derselben war es aber nothwendig, daß ein Gegenstand dabei mancipirt wurde. Dieser Gegenstand mußte eine res mancipi sein, es muß also auch der Inhalt der so entstandenen Obligation ein solcher sein, welcher mit der Mancipation eines Gegenstandes in Verbindung steht, so daß also nexum die Mancipation eines Gegenstandes wäre, durch welche eine Obligation entstehen soll oder: die Obligirung mittelst Mancipation. Dahin gehören die Verpfändung, das Depositum &c. unter der Form der fiducia. Ueber die Art, wie das nexum zur Schließung eines Darlehns benutzt würde, geht Puchta's Meinung dahin: da das Geld nicht Gegenstand der Mancipation sein konnte, so bleibe hierbei nichts anderes übrig, als anzunehmen, daß der Schuldner sich gegen das empfangene Geld selbst mancipirt habe. Diese Selbstmancipation sei aber nur provisorisch gewesen und habe ihre ernstliche Wirkung erst durch die iudicatio erhalten.

Im Cursus der Institutionen a. a. O. sieht Puchta jetzt einen mit Anwendung der Mancipationsform (per aes et libram) eine Geldschuld constituirenden Contract, durch welchen dem Gläubiger das strenge Verfahren mit manus iniectio verschafft wurde, dem sich der Schuldner durch jene Verpflichtungsart im Voraus unterwarf. Wer sich durch nexum verpflichtet hatte, wurde gleich von vorn herein pro damnato behandelt. Fand sich kein vindex, so wurde der Schuldner dem Gläubiger sofort als Schuldknecht zugesprochen.

4) Walter's Meinung über das Nexum (a. a. O. § 616.) ist diese: Das nexum in engerer Bedeutung ist ein Geschäft, bei dem Erz und Wage zu einem obligatorischen Zwecke angewendet wurde. Alle in Verbindung mit dieser Form festgestellten Clauseln mußten genau erfüllt werden. Daher konnte in einem nexum dem Gläubiger vom Schuldner das Recht zugesagt werden, diesen unmittelbar heimzuführen und, wenn er am Verfalltage nicht zahlen würde, wie einen Knecht bei sich arbeiten zu lassen. Ein so heimgeführter Schuldner hieß dann nexus und jenes Recht des Gläubigers ging auch gegen des Schuldners Hauskinder und Enkel. Die nächste Anwendung dieser Clausel war beim Gelddarlehn, aber auch jede andere schon vorhandene Geldschuld konnte in die Form des nexum umgekleidet werden. Weigerte sich der Schuldner sich heimführen zu lassen, so war Anrufung der richterlichen Hülfe allerdings nothwendig, aber das Gericht untersuchte nur die Existenz des mit dem nexum geleisteten Versprechens, nicht aber den Grund der Forderung, während die Addiction die genaue Prüfung des Entstehungsgrundes der Forderung voraussetzte.

5) Mit einer Modification, die in Beziehung auf den materiellen Begriff des Nexum nicht bedeutend genannt werden kann, schließt sich zunächst v. Scheurl (a. a. O. S. 51) der Meinung Walter's an, obgleich er diese in Rücksicht der Privatexecution verwirft, von der Stelle bei Varro de L. L. VI. 5. (ed. Gothofr.; Ed. Müll. VII. § 105) ausgehend,

die er liest: „Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debet, dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus", und übersetzt: „Ein Freier, der seine Dienste, sich in den Zustand eines Knechts versetzend, seinem Gläubiger für eine Geldsumme, die er schuldet, so lange, bis er zahlen wird, verkauft, heißt ein nexus." Das Verhältniß, in welches ein Schuldner der Art, ein nexus, gekommen sei, sei das einer factischen Sclaverei gewesen. Er habe Dienste leisten müssen ohne Lohn und den Dienst nicht aufkündigen können. Der Werth der Arbeiten sei aber an der Schuld abgerechnet worden und durch die völlige Zahlung das Recht des Gläubigers ipso iure aufgehoben gewesen. Zum nexus in diesem Sinne wäre aber ein Schuldner geworden dadurch, daß er seine Dienste dicis caussa verkauft (mancipirt) habe. Damit habe er, der nexus, weder aufgehört civis, noch auch sui iuris zu sein und wäre somit auch Herr seines Vermögens geblieben.

6) Schilling (in der oben cit. Recension S. 215. 216) hält das nexum für ein Obligationsverhältniß per aes et libram eingegangen, welches sich auf ein Gelddarlehn bezog, und also in einem durch gewogenes Geld geschlossenen Darlehn bestand, welches freilich auch schon sehr früh als blos symbolisches zur Anwendung kam (Liv. VIII. 28. Val. Max. VI. I. 9.). Seine Gründe hierfür sind im Wesentlichen mit denen Savigny's übereinstimmend. Nur rücksichtlich des Zweckes weicht Schilling's Darstellung ab. Nämlich als symbolisches Darlehn habe man es vorzugsweise angewendet zur Sicherung des Beweises, wegen der Gegenwart der fünf Zeugen und des libripens, ferner wegen der rechtsverbindlichen Kraft dessen, was lingua nuncupatum war. Wenn diese mündliche Verabredung beim nexum aes darauf gerichtet war, daß der Schuldner bis zur Abtragung der Schuld dem Gläubiger sclavische Dienste leiste, so habe dieses vorzugsweise nexum geheißen und der in factischer Sclaverei (servitium) befindliche Schuldner nexus. In diesem engeren Sinne sei aber das Nexum durch die lex Poetelia abgeschafft und selbst der Name nexum aes ungebräuchlich geworden.

7) Unterholzner (a. a. O. S. 29 folgg.) hat folgende Sätze: die Begründung von Schuldverhältnissen unter Anwendung von aes und libra (vielleicht auch nexu obligatio genannt) ist wohl nur bei Verpflichtungen zu Geldleistungen anwendbar gewesen. Die dabei vorkommende nuncupatio diente als solenne Bezeichnung der dem Schuldner aufgelegten Verpflichtung. Hiernach läßt sich dann nach Unterholzner die Anwendung des aes und der libra bei Obligationen auf folgende Arten denken: a) als Zuwägen von Geld, wobei dann in der nuncupatio eine Zusicherung der Rückzahlung liege, gleichviel ob dieses Zuwägen ernst gemeint sei oder nur dicis caussa vorgenommen werde. Auf diese Weise wäre dann immer nur ein einseitig bindendes Schuldverhältniß mit einer Verpflichtung für den Empfänger des Geldes entstanden, so daß diese Form hauptsächlich zum Zwecke eines Darlehns gebraucht worden sei. b) Wenn die Verbindlichkeit mit einer mancipatio in Verbindung gebracht werde, so sei es, indem der mancipio accipiens eine Verpflichtung übernimmt oder der mancipio dans mit einer belastet wird. (Beispiele für beide Arten bei Gai. II. 59. 60. Cic. de offic. III. 16.) Unterholzner erklärt sich ferner geradezu gegen die Annahme, daß bei dem per aes et libram se obligare immer auch eine mancipatio vorgekommen sein müsse. Es ist nach ihm bei weitem natürlicher bei nexum aes das aes selbst als den eigentlichen Gegenstand des durch aes et libra abgeschlossenen Geschäfts zu betrachten, während bei einem Geschäfte, durch welches ein Mensch sich zum nexus hingibt, der Mensch als Gegenstand zu betrachten sei. Der Rechtszustand eines solchen nexus sei der eines in mancipio Befindlichen, also eines homo alieni iuris gewesen, indem eben der nexus sich Verpfändungs halber selbst mancipirt habe. Die lex Poetelia, welche das Fesseln der Schuldner überhaupt abgeschafft habe, habe auch das Fesseln dieser mancipia von selbst aufgehoben.

8) Sell a. a. O. geht zur Begründung seiner Ansicht von Varro de L. L. VII. § 105. (N. 1127.) und Festus v. Nexum (N. 1128.) aus. Besonders die Stelle bei Varro

dient ihm als Grundlage seiner Beweisführung, in welcher er die Conjectur vorschlägt „neque" in „nec, quod" aufzulösen und also zu lesen: „nam idem, quod obligatur per libram, nec, quod suum fit, inde nexum dictum." Mit dieser Abänderung übersetzt dann Sell die ganze Stelle folgendermaßen: „Als Nexum bezeichnet Mamilius ein jedes Rechtsgeschäft, das durch Wage und Erz vollzogen wird, in welchem also mancipationsweise bewerkstelligte Eigenthumsübertragungen enthalten sind. — Mutius dagegen charakterisirt das Nexum als ein durch Erz und Wage vollzogenes Rechtsgeschäft, das den Zweck hat zu obligiren, abgesehen davon, (außer) daß auch noch mancipationsweise Eigenthum übertragen wird. — Daß diese letztere Begriffsbestimmung die richtigere sei, zeige selbst das Wort, von dem die Rede, denn eben dieses ist daher nexum genannt, weil durch die Wage eine obligatio begründet wird, und nicht weil ein suum, das heißt, Eigenthum entsteht."

Zufolge dieser Conjectur und Interpretation kommt Sell zu folgenden Hauptsätzen:

a) Ein nexum kann nicht ohne mancipium und ein mancipium nicht ohne nexum bestehen. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß nexum und mancipium identisch wären. Wird nämlich vorzugsweise durch aes et libra eine Obligation hervorgebracht, so heißt das Geschäft nexum; soll aber vorzugsweise die geschehene Uebertragung des dominium ex iure Quiritium bezeichnet werden, mancipatio. Gerade hierin liegt nun aber nach Sell (a. a. O. S. 91.) der Grund, weßhalb Varro die Definition des Mucius für schärfer erklärt. Aus diesem Vordersatze folgert Sell,

b) daß die gewöhnliche Annahme „nexum aes" sei gleichbedeutend mit „mutuum nexu constitutum" unrichtig sei, denn die res, quae pondere, numero vel mensura constant, seien res nec mancipi, und hätten also nexu nicht tradirt werden können. (Cic. Top. c. 5. Boëth. ad h. l. ed. Orell. p. 321. 322.) Der Gegenstand des Mutuums habe also nicht unmittelbar selbst nexu tradirt werden können, sondern habe nur den Preis nexu tradirter Gegenstände darstellen können. (Sell. l. c. p. 37.) Ein mutuum nexu constitutum habe also α) nicht ohne eine dabei vorkommende Mancipation zu Stande gebracht werden und β) immer nur in pecunia certa bestehen können. — Es habe daher endlich

c) das nexum in der engern Bedeutung nach den Ueberlieferungen unserer Quellen einen zweifachen Gegenstand gehabt:

α) das corpus debitoris. Darunter versteht Sell, ganz wie Scheurl, mit Rücksicht auf die vielbesprochene Stelle des Varro („Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debet, dat, dum solveret, nexus vocatur") einen Verkauf der operae des Schuldners, welche vom Momente der nicht eingehaltenen Solution bis zur wirklichen Erfüllung dem Gläubiger zu leisten wären. Die Wirkungen eines solchen Nexum seien aber in zwei — bisher nicht geschiedenen — Stadien dieses Rechtsverhältnisses verschieden gewesen. (Liv. VII. 19. — Id. VIII. 28. Val. Max. VI. 1. § 9.) So lange nämlich blos „nexum initum" war d. h. von Abschließung der mancipatio bis zum Zahlungstermin, blieb der Schuldner in jeder Weise frei. War dagegen der Zahlungstag verstrichen, so folgte das „nexum se dare", indem der Schuldner oder, wenn der Gläubiger einwilligte, ein Anderer für denselben vom Magistrate dem Gläubiger übergeben wurde, der ihn dann bis zur wirklich geleisteten Zahlung gefesselt detinirte. (Liv. II. 27.) Da aber das ganze Recht des Gläubigers in nichts Anderem bestand, als in dem Rechte den Schuldner zu detiniren bis gezahlt war oder derselbe die schuldige Summe durch seine operae abgearbeitet hatte, so folgt von selbst, daß diese nexi nicht capite diminuirt waren. (Sell. l. c. p. 48. 49.) — Daß aber solche operae illiberales mancipirt werden konnten, obgleich sie nicht res mancipi waren, erklärt sich Sell folgendermaßen: Die nexi wurden nicht iure, wohl aber facto servi, indem „servire" auch ein Freier konnte. So habe daher der Ausdruck „servitus" auch für operae servi gebraucht werden können [fr. 4. § 4. D. de statu lib. (XL. 7.)]. In eine

servitus dieser Art habe sich der Freie begeben, der seine operae per aes et libram verkauft habe und sei daher auch servus genannt worden und habe deßhalb auch beim bloßen Verkauf seiner operae sich wie ein Sclave, also wie eine res mancipi, selbst zu verkaufen geschienen. (Sell. l. c. p. 55. 56.) Gerade dieses Verhältniß hätte aber durch die lex Poetelia unmöglich gemacht werden sollen.

β) Aber auch die bona debitoris konnten nach Sell (a. a. O. S. 59 folgg.) Gegenstand eines Nexum sein, wenn der Schuldner dem Gläubiger für die Forderung aus einem Darlehn eine Sache fiduciae causa mancipirte.

9) Christiansen (a. a. O. S. 168 folgg.) geht von dem Satze aus, daß Alles, was die Quellen über das ältere Recht vom Nexum sagen, falsch sei, also seine Auffassung und Darstellung der Sache von dem abweichen müsse, was die Quellen sagen. Es liegt daher auf der Hand, daß eine Widerlegung seiner Ansicht nur dadurch möglich würde, daß man bewiese, es sei ein rechtlicher Zustand, wie ihn Christiansen annimmt, und ein Rechtsverhältniß wie das von ihm Nexum genannte nicht möglich und in sich widersprechend. Nach Christiansen ist aber nexum das Rechtsgeschäft, wodurch ein paterfamilias seinen Willen der Willkühr eines andern dienend hingibt, unfrei macht, und ist, wie jedes Rechtsgeschäft, eine lex mit aes und libra vor Zeugen. Es ist ihm die einzige causa der Verpflichtung der Person und der durch Vertrag Verpflichtete ist nexus. Die Person unterwirft einen bestimmten Theil ihrer Persönlichkeit d. h. die Handlungsfähigkeit der Willkühr einer andern Person. Die eine Person hat sich der andern verpflichtet und diese ist Object des Rechts, aber nicht das Vermögen, was die verpflichtete Person in manu hat. An das Vermögen kann deßhalb der Berechtigte nicht kommen und mit dem Tode einer Person ist Alles zu Ende. Die exclusive Sphäre der Anwendung des nexum ist da, wo man dasselbe anstatt der manus und vor dieser zweckmäßig fand d. h. bei Allem, was pondere, numero, mensura constat.

10) Van Heusde a. a. O. hat im Wesentlichen folgende zwei Sätze aufgestellt:

a) Wenn ein Schuldner addicirt war, so stand ihm das Recht zu innerhalb der auf die addictio folgenden sechzig Tage mit seinem Gläubiger ein Abkommen zu treffen (Gell. XX. 1.). Hätten nun die Schuldner auf keine andere Weise ein zweckmäßiges Abkommen mit ihren Gläubigern treffen können, so hätten sie durch einen einfachen Vertrag (pactum), nicht durch aes et libra sich verpflichtet Sclavenarbeit zu leisten. Diejenigen Schuldner nun, welche einen solchen Vertrag abgeschlossen hätten, wären nexi genannt worden.

b) Die lex Poetelia habe nicht blos das Fesseln der Schuldner verboten, sondern überhaupt die addictio aufgehoben und an deren Stelle sei die später durch prätorische Edicte regulirte bonorum proscriptio getreten. (Quinctil. declam. III. p. 73. ed. Burm. und Tertull. apolog. c. 4.) Das spätere Vorkommen der addictio und Personalexecution soll sich dann dadurch erklären, daß die lex Poetelia durch Gewohnheit wieder außer Gebrauch gekommen sei. Erst unter Sulla soll sie dann wieder für diejenigen hergestellt worden sein, welche ihre Solvenz nicht beschwören würden (qui bonam copiam jurarunt).

11) In einer Recension der Schriften von Sell, van Heusde und Bachofen über das nexum (Krit. Jahrb. Bd. XVII. S. 385 ff. Jahrg. 1845) hat v. Glöden seine eigene Ansicht über das Wesen des nexum in kurzen Zügen vorangestellt. Es ist folgende: Jedes Rechtsgeschäft, das gleichsam palam populo nach gewissem Ritus geschlossen worden sei, habe das älteste Recht nexum genannt. Nach der dem Geschäfte zu Grunde liegenden Absicht habe man durch ein solches Eigenthum übertragen, sowie Obligationen begründen und aufheben können. Aber nexum habe auch die durch das Rechtsgeschäft des nexum begründete Obligation geheißen, also hier habe das Wort nexum nicht ein Rechtsgeschäft, sondern ein Rechtsverhältniß bezeichnet. — Wenn der Schuldner nun eine so begründete Obligation nicht rechtzeitig erfüllt habe, so habe ihn der Gläubiger mit Recht greifen, vor den Magistrat bringen und um dessen Zuschlag bitten können. Durch die Aussage der beim nexum

gegenwärtigen Zeugen sei die Sache sofort liquid gewesen (aes confessum coram populo). Einwendungen des Schuldners: er habe bereits gezahlt, hätten bei diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden können, wofern er denselben nicht durch gleiche Solennität gleiche Liquidität mit dem Anspruch gesichert hätte (nexi liberatio). Sonst habe er dem Gläubiger als Knecht folgen müssen, bis etwa ein Sippe oder Sodalis die anderweitige Tilgung nachweise (vindex) oder jetzt noch Zahlungsmittel herbeigeschafft würden.

Das nexum sei aber nicht das einzige Rechtsgeschäft gewesen, wodurch eine obligatio hervorgebracht worden sei. So habe man zur Zeit der XII Tafeln die Betrachtung anstellen können, daß das Rechtsverhältniß nexum sich dadurch vor allen Obligationen auszeichne, daß nur bei ihm der Gläubiger den Schuldner nach kürzestem Verfahren in Knechtschaft führen könne, bei den übrigen erst nach vorgängigem Geständniß in iure oder Urtheil des iudex und Ablauf der 30 Respittage. (Nur beim fur manifestus sei dieß begreiflicher Weise anders gewesen.)

Diese ausgezeichnete Natur des nexum sei dann durch spätere Gesetze auf einzelne begünstigte Obligationen erstreckt worden, wie durch die lex Publilia und Furia auch den Bürgen in gewissen Fällen die manus iniectio, natürlich ohne Urtheil, gegen den Hauptschuldner oder den mehr als Kopftheil nehmenden Gläubiger gegeben worden sei. (Gai. IV. 22.) Daß die nexi liberatio nun als alleinige vollwichtige Aufhebungsart allen Fällen gemein geworden sei, die zum Processe mit manus iniectio berechtigten, habe in der Natur der Sache gelegen.

Durch die lex Poetelia Papiria habe nun dieser Rechtszustand eine Aenderung erlitten, indem nur gegen den iudicatus und den pro quo depensum erat die manus iniectio gestattet sein solle. (Gai. IV. 25.) In dem Falle eines nexum und dem der lex Furia solle zwar der Name manus iniectio bleiben, aber das Eigenthümliche dieser Proceßform aufgehoben sein: der Schuldner sollte manum sibi depellere, also nicht mehr ohne richterliche Untersuchung zur Addiction gezogen werden können. Die Behandlung des fur manifestus und des in iure confessus sei nicht geändert worden. Daneben enthalte das Gesetz eine die Lage des addictus (nicht des fur manifestus) mildernde Bestimmung.

12) Nach Huschke (Ueber das Recht des nexum und das alte Römische Schuldrecht. 1846. Rec. v. Zeyß in der Zeitschr. für Alterthumswissensch. 1847. S. 635 ff.) besteht zunächst die Haupteigenthümlichkeit des nexum in dessen publicistischem Charakter. Nach den Principien des altrömischen Rechts habe jeder eine doppelte Persönlichkeit, eine publicistische, als civis oder pars populi, und eine privatrechtliche als Einzelner. (S. 10.) Die publicistischen Geschäfte erforderten aber eine publicistische Thätigkeit nach den beiden Richtungen, in welchen der Staat eine potestas habe, nämlich entweder die des Volks, indem derjenige, der das Geschäft vornimmt, als Bürger unter dem Zeugniß des Volks und der darin liegenden Autorität der Volksversammlung handelt, oder die der Obrigkeit, indem er als unter dem Rechtsschutz des Staates stehender Bürger das Recht in iure in Anspruch nimmt und die Obrigkeit es ihm zuspricht. Das Auszeichnende dieser publicistischen Handlungen des Privatrechts sei aber, daß das so erworbene Recht und die so entstandenen Obligationen optimo iure erworben sind. (Cic. de harusp. resp. c. 7. Gai. II. 197.) Hieraus fließe das Recht, die verpflichtete Person, wenn sie nicht leistet, mit civiler Gewalt (manu iniecta) zu ergreifen und, wenn sie ihre Verpflichtung leugnet, ihre Verurtheilung auf das Doppelte zu verlangen.

Als zweite Eigenthümlichkeit des nexum sei die Zuwägung von Geld anzusehen und zwar nur das wägbare durch den libripens zugewogene Erzgeld, indem nur dieses einen publicistischen Charakter habe. Nur dieses gebrauche der Einzelne noch in der Verschlungenheit mit dem populus, da die Parteien hierbei jedesmal einen ehrenhaften Mitbürger (aus der classis) zuziehen müssen, der mit einer öffentlichen Wage die Größe publicistisch bestimmt. (S. 16 ff.)

Endlich sei aber, wenn das nexum als ein publicistisches Geschäft auftreten solle, auch noch nöthig gewesen, daß die Willensbestimmung in das Wort der Volkssprache gefaßt gewesen sei.

Das nexum sei hiernach, da es stets die Hingabe eines Stückchens aes erfordert habe und somit seinem eigentlichen Wesen nach nur auf Geld gehen konnte, eine durch Zuwägung von Erzgeld begründete Geldobligation gewesen.

Die Wirkung dieses nexum war, daß es den Leib des Schuldners ergriff d. h. daß diejenigen, welche durch nexum verpflichtet waren, von ihren Creditoren in die Haft abgeführt und darin mittelst Fesseln festgehalten werden konnten. (S. 4.)

Als Hauptfälle der Obligation durch nexum hat Huschke folgende aufgestellt:

1. Nexi datio zum Darlehn. (S. 49—96.)—Das nexum bezeichnet nach Huschke rein formell eine publicistische Verpflichtung, die auch in andern materiellen Anwendungen vorkommen kann, während das mutuum rein materiell auf den Contract geht, der zur Gestattung des Gebrauchs einer Quantität fungibler Sachen abgeschlossen wird. Während ferner das mutuum dem ius gentium angehörig ist, ist das nexum die dem ius civile entsprechende Form des mutuum und erscheint dann etwa in folgender Formel: Quod ego tibi mile libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum iure nexi dare damnas esto. (Mit Recht hält Rudorff zu Puchta's Cursus Bd. III. § 273. Note c statt „dedi“ zu setzen: do, und die Worte „nexas“ und „iure nexi“ für überflüssig.) Bei diesem nexum aes wurde von je mit einem imaginären aes contrahirt und die Zuwägung aller Pfunde des Darlehns vor den Zeugen gehörte nicht zu dem formell contrahirenden Element des Geschäfts. Zahlte der Schuldner nicht, so fand zunächst eine Mahnung statt, vielleicht in der Regel eine Denunciation vor den Zeugen, die bei der Eingehung des Geschäfts thätig gewesen waren. 1) Konnte der Schuldner nicht zahlen, so hatte er 30 Tage, wie der iudicatus, um das Geld herbeizuschaffen. Waren diese ohne Zahlung verlaufen (wenn er nicht etwa jetzt noch leugnen und damit den Proceß herbeiführen wollte), so mußte er die manus iniectio und abductio des Gläubigers sich gefallen lassen. (S. 54 ff. und Dion. VI. 23. 83. Zonar. VII. 14.) Von dem so von seinem Gläubiger in die Haft Abgeführten habe man gesagt: nectitur, nexum se dat, nexum init. (Liv. II. 23. 25. 27. VII. 19. Val. Max. VI. 1. § 9.) Diese Abführung in den nexus (als Substantiv) geschah ohne Dazwischentreten der Obrigkeit nach bloßem Contractrecht. Der nexus kam so wie der mancipatus in ein sclavenartiges Verhältniß (Dion. V. 53.), aber von diesem dadurch unterschieden, daß der nexus nicht alieni iuris wurde und keine capitis diminutio erleidet. (Liv. II. 24. Dion. VI. 41.). Dem Gläubiger steht nur das Recht zu ihn in Privatgewahrsam zu halten und für sich arbeiten zu lassen. (Varro de L. L. VII. 105.) Diese Wirkung beschränkte sich aber nicht auf die Person des Nectirten, sondern auf Alles, was ihm unterworfen ist, Kinder und Enkel in seiner Gewalt und sein gesammtes Vermögen. (Liv. II. 24.) — 2) Leugnete der Schuldner des nexum aes seine Schuld, so konnte auch hier der Gläubiger zur manus iniectio schreiten und es kam nur dann zum Processe, wenn ein vindex für ihn auftrat, da der Schuldner nicht manum sibi depellere und pro se lege agere durfte. (Gai. IV. 21.) Gegen diesen vindex ging der Proceß auf's Doppelte. (Cic. de off. III. 16.)

2. Von den Nebenbestimmungen beim nexum, insbesondere vom nexum aes als foenus. — Für Zinsgeschäfte nimmt Huschke (S. 97 ff.) drei Perioden der Entwickelung an, die erste, in welcher die Viehzucht, die zweite, in welcher der Ackerbau und die dritte, in welcher Handel und Gewerbe der Haupterwerb des römischen Volkes war.

In der ersten Periode wurde nach Huschke der Ackerbau nur betrieben, um das Getreide zu eigenem Bedarf zu gewinnen. Das Getreide wird daher auch nur zu dem eigenen

Bedarf geliehen und dieses verzinsliche Getreidedarlehn wurde durch eine civilrechtliche stipulatio mit: dare spondesne? spondeo geschlossen, vor Zeugen und einem öffentlichen Getreidezumesser, an einem heiligen Ort und mit einem religiösen Segensspruch über eine bestimmte Quantität von zugemessenen stipes d. h. ursprünglich Getreidebunden oder deren Ausdrusch, die man bei dem Geschäft formell durch eine hingegebene Aehre, ganz wie das rauduscululum beim nexum, darstellte. (Huschke, Serv. Tull. S. 131. Not. 41. Isidor. Orig. V. 24. § 30. S. unten § 150).

In der zweiten Periode, in der der Ackerbau zum Erwerbszweige erhoben wird, tritt das Erzgeld an die Stelle des Getreides, und das Zinsgeschäft geht in die verbal-reale Contractsform des nexum aes über. Die Ausbedingung der Zinsen geschah dann beim nexum aes durch den Zusatz zu der oben angegebenen Formel: cum foenore z. B. semissario, und erhielt durch diese nuncupatio dieselbe Kraft, wie das nexum selbst.

In der dritten Periode streift das Zinsgeschäft seine publicistische Natur ab und wird reines Privatgeschäft des ius gentium, theils gewöhnliche stipulatio, theils mutuum.

3. Das nexum beim Kauf. (S. 171 ff.) — Durch das bei dem Kaufe einer res mancipi bei der Mancipation hingegebene aes und dessen materielle Ergänzung, das gezahlte Kaufgeld, erwarb der Käufer das Eigenthum der ihm publicistisch aufgelassenen Sache. War der Mancipant aber nicht Eigenthümer, so erwarb hierdurch der Käufer einen publicistischen Anspruch wegen des nicht gewährten Eigenthums. (Paull. II. 17. § 1.) Der Mancipant heißt, insofern er das Eigenthum überträgt oder wegen des nicht übertragenen Eigenthums einzustehen hat, auctor, seine Eigenthumsübertragung selbst und die Verpflichtung wegen nicht übertragenen Eigenthums auctoritas, die Klage wegen derselben auctoritatis actio und das durch eine solche Klage geschützte Recht des Inhabers der Sache ius auctoritatis. (S. 180.) Die Wirkung des nexum beim Kaufe bestand nun darin, daß der auctor verpflichtet war, des Käufers Recht im Proceß zu vertheidigen, worauf zur Zeit der legis actiones eine eigene actio in auctorem praesentem sich bezog (Quandoque te in iure conspicio, postulo anne fias auctor?). (Val. Prob. 4. Cic. pro Caec. 19.) Im späterem Processe genügte dann eine formlose Denunciation an den auctor. Nach Ablauf einer bestimmten Zeit war der auctor von seiner Vertretungspflicht frei. (Defugere auctoritatem. — S. 186. Not. 281.)

4. Das nexum beim Testament. — (S. 212 ff.) Beim Testament kommt das nexum vor beim legatum per damnationem unter der Form: heres meus dare damnas esto, und es werde daher auch von Aelius Gallus bei Festus die testamenti factio mit unter den Fällen des necti angeführt. (Gai. II. 201. vergl. mit III. 173. 175.) Es war dieses aber erst möglich seit dem Aufkommen des testamentum per aes et libram, indem der Testator, wie jeder Mancipant, seiner mancipatio beschränkende leges (leges rei dictae) hinzufügen konnte, die unter dem Schutz des Zwölftafelgesetzes, cum nexum faciet, standen und auch in Obligationen bestehen konnten, die er dem familiae emptor an dritte Personen auflegte. Von den übrigen Anwendungen des nexum unterscheidet sich aber das Damnationslegat dadurch, daß es nicht, wie bei jenem, bei ihm wesentlich ist auf Geld zu gehen. In solchen Fällen aber, in denen etwas Anderes als ein bestimmtes Erzgeld per damnationem legirt war, konnte der Gegenstand nicht durch manus iniectio eingeklagt werden, sondern zur Zeit der legis actiones nur mittelst einer condictio ex lege Calpurnia (Gai. IV. 19) oder später mit einer condictio ex testamento.

5. Von der Aufhebung der auf nexum beruhenden Obligationen. (S. 224 ff.) — Hierunter ist zu verstehen die solutio per aes et libram. Sie beruht, wie die acceptilatio, auf dem Grundsatz des Civilrechts, daß Rechtsverhältnisse ipso iure aufgehoben werden, wenn dieselben Kräfte, wodurch sie entstanden sind, zu ihrer Aufhebung in Anwendung kommen. (fr. 35. 100. 153. D. de R. I. (50, 17.) fr. 80. D. de solut.

(46,3.)] Der formell realen Natur des Vertrages gemäß konnte die Auflösung nur in einer wirklichen imaginaria solutio bestehen, wobei der Act der imaginären Zahlung blos vom Schuldner, als von welchem die Zahlung ausgeht und welchem sie zu Gute kommt, ausgesprochen, und vom Gläubiger blos durch die Annahme des aes stillschweigend genehmigt wurde. Die Formel der nexi liberatio war daher (wie jetzt Huschke in Ius anteiustin. Gai. III. 174 sie aufgestellt hat): Quod ego tibi tot milibus eo nomine veluti secundum mancipium sum damnas, solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque secundum legem publicam.

Die Geschichte des nexum aes anlangend geht Huschke's Ansicht (S. 112 ff.) dahin: das Geschäft sei nicht lange nach Einführung des wägbaren Erzgeldes im Verkehr aufgekommen. Nach mannigfachen Versuchen durch einzelne Maßregeln die Härte des necti zu mildern, sei endlich die Abschaffung desselben durch die lex Poetelia aus der Zeit der Dictatur des C. Poetelius herbeigeführt worden (540 u. c.). Ihr Inhalt sei gewesen: I. Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pecuniam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. — Diese Bestimmung gehe aber nicht auf pecuniae damnati, sondern nur auf zum Tode verurtheilte Verbrecher, die bis zur Vollstreckung der Strafe im Gefängniß gehalten wurden. — II. Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset. — Für Geldschulden sollte blos noch das Vermögen, nicht die Person selbst haften. Darin lag aber nur die Abschaffung der civilen Privatexsecution; der Prätor dagegen konnte auch jetzt noch, wie er bona possideri et proscribi befahl, auch noch den iudicatus dem Gläubiger zur Detention und Fesselung zusprechen. — III. Ne quis posthac ob aes alienum necteretur. — Dadurch werde aber das nexum als Geldbarlehn nicht aufgehoben, sondern nur der Schuldner könne nicht mehr nectirt werden, sondern nur Geld. — IV. Ut omnes, qui bonam copiam iurarent, ne essent nexi, solverentur. — Diese Bestimmung betraf die vorhandenen nexi, indem von den dermaligen nexis nur die frei sein sollten, welche bonam copiam schwören würden, d. h. schwören würden, daß sie hinlängliche Mittel hätten, ihre Gläubiger zu befriedigen. Auch wenn der Prätor die abductio des Beklagten verfügen wolle, solle der Beklagte dem duci iubere entgehen, wenn er jenen Eid leistete. (S. 139.)

13) Die Ansicht Keller's (Grundriß zu Vorlesungen üb. Institutionen u. Antiquitäten des röm. Rechts) (S. 87 ff.) ist folgende: Im weiteren Sinne bedeutet nexum jedes Rechtsgeschäft, zu dessen Form Erz und Wage gehört. Im engeren Sinne dasjenige unter den Rechtsgeschäften mit Erz und Wage, das auf Eingehung einer Obligation gerichtet ist, in Gegenwart von fünf römischen Bürgern und einem libripens. Der juristische Zweck der Geldzahlung wird in feierlichen Worten ausgedrückt, welche der Zahlende gleichzeitig ausspricht, und durch welche er das Recht bezeichnet, das er mit seinem Gelde erwerben will. Durch diese öffentliche Beurkundung erhält das Rechtsgeschäft eine höhere Sanction des Staates. „Du sollst mir verdammt sein" d. h. wie du jetzt dieses Stück Erz (und sogleich das Geld) von mir empfängst, so sollst du damit rechtlich in die Lage kommen, wie wenn du durch ein rechtskräftiges Urtheil mir zur Bezahlung dieser Schuld verurtheilt wärest. Es ist, wie die Einseitigkeit der Rede zeigt, die lex dationi dicta, welcher sich der Schuldner durch Empfangnahme des klingenden aes unterzieht. Tritt dann der Verfalltag ein, so gilt auch alles wie bei dem iudicatus und confessus. Durch das ducere wird dann der Schuldner nexus (nexum inire, nexum se dare, necti), während vorher nur das aes als nexum galt. Mit der Person verfiel dann dem Gläubiger auch die familia, und zwar Kinder sowohl als Vermögen des Schuldners, der aber keine capitis deminutio erlitt und nicht in causam mancipii kam.

Die nexi liberatio oder solutio per aes et libram ist der contrarius actus der nexi obligatio. Diese solutio per aes et libram wurde aber neben dem eigentlichen nexum auch auf die Gewährforderung ex mancipatione, das legatum per damnationem und die iudicati obligatio angewendet. Hieraus ergiebt sich nach Keller, daß gerade die staatliche Sanction bei dem Ursprunge den Charakter der Forderung wesentlich bestimmte, indem die Wirksamkeit des magistratus populi Romani (des centralen und administrativen Stellvertreters des P. R.) bei dem iudicatum und die Theilnahme der fünf Zeugen (als einer gregalen oder gleichsam parlamentarischen Stellvertretung des P. R.) bei nexum und mancipatio eine gleichartige Obligation hervorbrachten, die in allen genannten Fällen die solutio per aes et libram als gemeinsame Form der Aufhebung zuließ. (Gai. III. 173—175. Cic. de legg. II. 20. 21. Liv. VI. 14. Fest. v. Nexum est.) Das necti debitorem, die eigenmächtige Exsequirbarkeit des nexum wurde (neben anderen Bestimmungen, welche mit den von Huschke angenommenen bei Keller übereinstimmen) durch die lex Poetelia aufgehoben; das nexum hörte auf exsecutorisch zu sein und berechtigte blos zur Klage, in Folge deren der Schuldner höchstens iudicatus werden konnte, und die gegen diesen gerichtete manus iniectio war jetzt blos die pura. Das nexum hatte nunmehr seine eigenthümliche Natur verloren, kam nach und nach außer Gebrauch, und nur die solutio per aes et libram erhielt sich noch lange nachher in Anwendung.

14) Nach Bekker (die Aktionen des Röm. Privatrechts 1871, Bd. I. S. 22 ff.) erzeugte das nexum keine irgendwie ausgezeichnete Obligation, sondern eine durchaus regelmäßige, und war die erste wirkliche Obligation. Das unterscheidende Element des nexum von allen bis dahin bekannt gewordenen (quasirechtlichen) Geschäften bestand in der Verwendung von Geld. Der Zusammenhang des nexum mit der beginnenden Geldwirthschaft ergiebt sich daraus, daß zur Wägezeit des Geldes nicht schlechthin das abgewogene Werthbasismetall Geld war, sondern daß die Abwägung unter öffentlicher Autorität in bestimmter Form vor sich gehen mußte, um die einzelne Quantität zu Geld zu machen. Es mußte zu dieser Zeit Geld durch die Abwägung unter öffentlicher Autorität für jeden einzelnen Gebrauchsfall besonders geschaffen werden. Diese Abwägung wurde anfangs auf offenem Markte vorgenommen, die eben anwesenden Bürger repräsentiren den populus. Nach der Servianischen Verfassung werden, statt der anfangs unbestimmten Zahl, fünf in die Klassen gehörige gefordert. Nur daß nexum und mancipium, Darlehn und Kauf, beides Geldgeschäfte waren, erklärt es, warum sie im ältesten Recht so nah zusammenhängen und erst später weiter auseinanderfallen.

Die nexi datio erscheint hiernach als Realcontract, bei welchem ein consensuelles Moment mitwirkt. Jedes von beiden Elementen bedingt gewisse Formalien. Nach der Beschaffenheit der res, die in Frage kommt, kann der die Verbindlichkeit erzeugende Sachübergang hier nicht anders geschehen als mittelst einer Abwägung vor den Volkszeugen. Diese Publicität ist aber gefordert durch die Natur des Stoffes, in dem das Darlehn gegeben wurde, keineswegs aber in der Absicht dadurch den Schuldner strenger zu verhaften.

Mit der Einführung des Prägegeldes war die Form nicht mehr eine aus dem Wesen des Geschäfts fließende. Sie wird nur beibehalten wegen der durch langjährige Tradition an sie geknüpften Folgen d. h. zum Zwecke der Begründung eines Rechtsmittels, das directer dem Ziel zuschreitet, als alle aus andern Schuldverträgen dieser Zeit erwachsenden. Der Zweck des Zuwägungsactes ist jetzt nur die Herstellung einer solchen ungewöhnlich wirksamen Verbindlichkeit.

Auch die solutio per aes et libram war ursprünglich nichts künstlich erdachtes, da Wägegeld ohne Wage und Oeffentlichkeit eben so wenig zurück- als hingezahlt werden konnte. Mit dem Aufkommen des Erzgeldes fielen die thatsächliche Zahlung und der Libralact zeitlich auseinander. Theils aber aus Anhänglichkeit an bewährte Formen, theils wegen

des Princips, daß der Begründungs- und Aufhebungsact von Obligationen einander entsprechen müßten [fr. 153. D. de R. I. (50, 17.)], hätte sich diese solutio per aes et libram noch lange in ausgedehntem Gebrauche gehalten. Alle mit manus iniectio durchzuführenden Obligationen sollten nach dem Vorbilde von nexum und mancipium nicht ohne Libralact aufgehoben werden. (Liv. VI. 14.)

## II. Der sacrale Schutz rechtlicher Verhältnisse.

### (Der promissorische Eid.)

### § 147.

#### A. Das Wesen dieses Schutzes.

Daß man sein Wollen auch unter den Schutz der Götter stellen kann, ist eine allgemeine Anschauung des Alterthums, und mehr oder weniger jeder Zeit. Das Mindeste, was man, so lange der Glaube an die Macht der Götter noch lebendig ist, dadurch zu erreichen glaubt, ist das, daß die Gottheit als irata ihre schützende Hand abzieht von dem, der gegen den Willen handelt, den man dem Schutze der Gottheit anvertraute. [1]) Wo aber aller Schutz rechtlicher Befugnisse in nichts weiter besteht, als in der Entziehung des Schutzes gegen Selbsthülfe des Verletzten, wird auch der Schutz, den die Götter rechtlichen Verhältnissen gewähren sollen, nicht weiter reichen, und auch nicht weiter beansprucht werden. Denn es ist nunmehr kein impium und iniustum facinus, wenn man, um die Erfüllung der Zusage zu erzwingen, sich eben hilft wie man kann. Der so sich selbst helfende thut im Sinne der altrömischen Anschauung nichts, als daß er Vollzieher der ira deorum ist. [2])

Die Form, unter der man aber einen fremden Willen so bindet, ist der Eid d. h. das diis testibus gegebene Versprechen. Wer die diis testibus gegebene Zusage brach, beging ein nefas, und in jener frühesten Zeit, als noch ius und fas sich nur ihrer Quelle nach unterschieden [3]), nicht aber in ihrer Wirkung, war die manus iniectio gegen den periurus sicher in demselben Umfange gestattet, wie gegen den nexus [4]). Denn wer hätte den in Schutz nehmen sollen, der sich die ira deorum durch sein periurium zugezogen hatte? Wo

---

[1]) Danz, Sacraler Schutz S. 47 ff. — Die Beispiele aus der Zeit des minder lebendigen Glaubens an die Götter können natürlich in verstärktem Maße auf eine frühere Zeit Anwendung finden: **1144**. Liv. V. 11. „Minime convenire, quibus iratos quisque deos precatus sit, in iis sua potestate, quum liceat et oporteat non uti. Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse, si occasione ulciscendi laesos arment." — Es ist hier geradezu die Ansicht ausgesprochen, (minime convenire) daß man, wenn es nöthig und erlaubt ist, sich selbst helfen könne und müsse, denn, fährt der Redner bei Livius fort: Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse, si occasione ulciscendi laesos arment.

[2]) So sind bei Dion. VII. 23 die Patricier, die sich gegen den Eidbrüchigen selbst helfen ἀναίτιοι τε πρὸς θεούς, und Aesculap ist efficax ultor contemptae religionis, weil er zuläßt, daß der Verletzer seines Heiligthums getödtet wird. (Val. Max. I. 1. §. 19.)

[3]) Isid. Orig. V. 2. (§ 20. N. 178.) Serv. ad Georg. I. 269. (§ 20. N. 179.) — § 36. Not. 34. **1145**. Liv. III. 2. „Quorum id perfidia et periurio fiat, deos nunc testes esse, mox ultores." — Ihering a. a. O. I. S. 265 ff.

[4]) Bildlich spricht selbst Virgil: (Aen. X. 419.) „Iniecere manum Parcae" und Serv. ad h. l. erklärt: „Traxerunt debitum sibi. Et sermone usus est iuris: nam Manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate exspectata, rem nobis debitam vindicamus."

würde der Schuldner Schutz gefunden haben, wenn sich der Gläubiger seiner Person bemächtigte, der geschworen hatte: si sciens fallo, tum me, Iupiter optime maxime, domum, familiam remque meam pessimo leto afficias[5])? — Oder wo der, der per Iovem lapidem schwur, daß er alles Schutzes, welchen Recht und Religion dem Römer gewähren, verlustig sein wolle?[6])

Es ist der promissorische Eid, der das Wollen der Römer in den verschiedensten Verhältnissen bindet, und nicht blos innerlich, sondern auch durch äußere Mittel. Noch in dem Zwölftafelgesetz fand sich die Vorschrift, daß ad adstringendam fidem das stärkste Mittel der Eid sei. **1146.** (Cic. de off. III. 31. „Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores arctius esse voluerunt. Id indicant leges in XII tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius, quam de iureiurando iudicabant.") Es hat hiernach der Eid rechtliche Wirkungen, sacrale, internationale und censorische, von denen die rechtlichen sich in den zwölf Tafeln aufgezeichnet vorfanden. Daß aber die Worte „ad adstringendam fidem" mehr sagen wollen, als blos ein innerliches, moralisches Gebundensein, beweist derselbe Ausdruck in fr. 99. pr. D. de V. O. (45, 1.) fr. 67. D. de procur. (3, 3.) c. 6. C. mand. (4, 35.) und daß die leges in den zwölf Tafeln gerade dieses adstringere bestimmten. So wenig aber dadurch schon die Wirkungen des nexum eintraten, daß man vor zufällig anwesenden Zeugen aes auf einer Wage zuwog, eben so wenig traten die besondern Wirkungen des periurium ein, wenn Jemand bei allen Göttern oder bei dem oder jenem Gotte etwas versprochen hatte. Damit der promissorische Eid gewisse Wirkungen habe, bedurfte es bestimmter Formen desselben. Den nicht formulirten Eid nicht zu halten, mochte unehrenhaft und religiosum sein, aber weitere Folgen hatte es nicht[7]), es wirkte ein solcher Eid nicht anders als das mendacium[8]).

---

[5]) So schwört noch Scipio bei Liv. XXII. 53.

[6]) Polyb. III. 25. (§ 37. N. 413.) **1147.** Paul. Diac. v. „Lapidem silicem tenebant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: „Si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiiciat, uti ego hunc lapidem."" — Ein ganz ähnlicher Eid noch bei Liv. XXVI. 25. Ueber das Verhältniß dieser beiden Formulare zu einander vergl. Danz a. a. O. S. 15 ff. — Daher auch die Ableitung bei Ennius, daß iusiurandum Iovisiurandum sei, dahin deutet, daß der Eid beim Jupiter der älteste und ursprünglich wohl auch der einzige Eid gewesen sei, der alle Wirkungen des Eides hatte. Apuleius de deo Socr. c. 5. Cic. de offic. III. 29. „iusiurandum Iovis". Auch in den rohen Anfängen der heutigen Staatenbildung im fernen Westen wiederholen sich ganz gleiche Anschauungen. So erzählt Franz Löher a. a. O. S. 154. „Ein zweiter Charakterzug unserer Pioniere in den Wildnissen ist eine ernste und düstere Religiosität." „Wer nicht beten kann, soll auf das Meer geschickt werden." (Suis patriis, suis legibus etc. excidat.) — Girtanner, die Stipulation S. 68 hat gegen diese Auffassung eingewendet, daß der Wortlaut des Eides per Iovem lapidem auf ein unmittelbares Eingreifen in die menschlichen Verhältnisse gerichtet sei, und deßhalb liege der Sinn nicht darin, daß der Gott die Gewalt der Menschen nicht hindern wolle. Man kann dieß insoweit zugeben, daß der Eid wörtlich auf eine solche positive Thätigkeit des Gottes gerichtet gewesen sei, allein damit ist keineswegs gesagt, welcher Mittel sich der Gott bedienen müsse, um dieses eiicere zu bewerkstelligen. Schwerlich werden die Römer müßig gewartet haben, bis der Gott selbst eingriff. Wenn sie selbst das eiicere vornahmen, so war das in ihren Augen wohl kaum etwas Anderes, als Eine unter mehreren Arten, durch die der Wille des Gottes ausgeführt wurde.

[7]) In fr. 44. pr. D. de liber. caus. (40, 12.) heißt es noch von den schwörenden Sclaven: „Ideo autem solet iusiurandum a servis exigi, ut religione adstricti sint," weil es ihnen unmöglich war einen Eid zu schwören, der alle Formen des formulirten hatte.

[8]) Cic. pro Cluent. 26. pro Rosc. Com. 16.

## § 148.

### B. Die Folgen desselben.

Stück für Stück von der rogatio testium bis zum damnas esto wiederholen sich bei der Sanction des Geschäfts durch promissorischen Eid dieselben Gedanken der einzelnen Theile der civilen Formen.

1. Die concepta verba. — Auch beim Eide gilt, wie bei den civilen Rechtsgeschäften der allgemeine Satz des ius strictum, daß nur das Gesagte auch gewollt ist. Es sind die concepta verba des iusiurandum, über die hinaus der Eid nicht wirkt.[1]) Aber da die Götter auch die mens des Schwörenden kennen, so wird, um jede reservatio mentalis zu vermeiden, beim Eide noch hinzugefügt, es müsse so geschworen werden ut mens concipit; uti ea hic hodie rectissime intellecta sunt; ex animi sententia; si sciens fallo u. dergl.[2])

2. Das Analogon der rogatio testium. — Damit aber der Gott, bei dem geschworen wird, auch wirklich dem Geschäfte als billigender Zeuge beiwohne, muß er wie die menschlichen testes rogati erklären, daß er das Geschäft billige. Wie diese dadurch, daß sie der rogatio Folge leisten und später durch ihr testimonium perhibere erklären (§ 145), daß sie durch ihre Assistenz dem Geschäfte die rechtliche Weihe geben wollen, so muß auch der Gott vorher durch auspicia befragt werden, ob er das Geschäft so billige, daß, wenn er zum testis aufgerufen wurde, er später ultor durch menschliche Hand oder sonstige Uebel sein wolle, wenn der Eid gebrochen wird.[3]) Denn da die Römer in allen wichtigern Angelegenheiten nichts vornahmen ohne Befragung der Götter durch auspicia[4]), so natürlich auch bei wichtigeren Geschäften, die durch solennen promissorischen Eid sancirt werden sollten.

---

[1]) **1148**. Serv. ad Aen. XII. 13. „Concepta autem verba dicunt iurandi formulam, quam vobis transgredi non licet. Gell. II. 24. IV. 20. Liv. XLIII. 18. **1149**. Cic. de off. III. 29. „Non enim falsum iurare periurare est, sed a) quod ex animi tui sententia iuraris, b) sicut verbis concipitur more nostro, id non facere periurium est", und unzählige andere Stellen z. B. Plin. Panegyr. 64. „. . praeivit sedens iusiurandum et ille iuravit, expressit, explanavitque verba, quibus caput suum, domum suam si sciens fefellisset deorum irae consecraret."

[2]) **1150**. Cic. de off. III. 29. „Est ius bellicum fidesque iurisiurandi saepe cum hoste servanda. Quod enim ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter id si non feceris nullum est periurium. — — Non enim falsum iurare periurare est, sed quod ex animi tui sententia iuraris, sicut conceptis verbis concipitur more nostro, id non facere periurium est." — Liv. I. 24. (§ 37. N. 405.) Aus späterer Zeit heißt es noch eben so: si sciens fefellisset. — Plaut. Bacch. IV. 9. V. 105. 106. „ego iusiurandum verbis conceptis dedi, daturum id me hodie mulieri ante vesperum."

[3]) Liv. V. 11 (§ 147. Not. 1). Mommsen, Röm. Staatsrecht. Th. I. S. 3. „Die römische Religion ist von der Anschauung beherrscht, daß der Mensch die zukünftigen Dinge vorherwissen weder kann noch soll und auch die Götter ihm zu solcher Kenntniß nicht verhelfen, daß aber der höchste, beste römische Gott, der Vater Iovis, allerdings bei jeder Handlung, die der Mensch mit freiem Willen beginnt, Billigung oder Mißbilligung nicht blos empfindet, sondern auch noch vor Beginn der Handlung selbst in sichtbaren und dem kundigen Manne verständlichen Zeichen zu erkennen giebt; wonach es also nur von dem Willen des Menschen abhängt bei seinem Handeln im Voraus sich in so weit eines günstigen Erfolgs zu versichern, als er das unterläßt, was der Himmel durch seine Zeichen gemißbilligt hat." (Cic. de divin. I. 16.) **1151**. Serv. ad Aen. IV. 56. „Per aras exquirunt". — Vel apud aras, vel inter aras, ut IX. 418. — — „Exquirunt autem, id est, sacrificando explorant, an dii velint huic rei consentire." —

[4]) **1152**. Cic. de divin. I. 16. „Nihil fere quondam maioris rei nisi auspicato ne privatim quidem gerebatur, quod etiam nunc nuptiarum auspices declarant." **1153**. Val. Max. II. 1. § 1. „Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumpto. Quo ex more etiamnum auspices interponuntur. Qui quamvis auspicia petere desierint, ipso tamen nomine veteris consuetu-

3. Der Zeugenaufruf. Testari deos.[5] — Haben die Götter durch günstige Auspicien ihr consentire zum vorzunehmenden Acte zu erkennen gegeben, so können sie nun zu willig assistirenden testes aufgerufen werden, zum Hören und Sehen des Actes, und dem aufgerufenen Gott muß deßhalb auch palam „laut und vernehmbar“ der Rechtsact kund gethan werden.[6] Der aufgerufene Gott ist aber nur sicher an seiner ara aufzurufen, sie muß daher, damit man dessen sicher sei, angefaßt werden[7]. Ein Schwur ohne diese Förmlichkeit mag im Gewissen verbinden[8], aber eine andere Wirkung hat er nicht. Es erklärt sich hieraus eine Einrichtung, die uns Livius und Dionysius[9] als eine von Numa getroffene ganz ausführlich mittheilen, weil sie ihnen wohl besonders erwähnenswerth schien. Daß Treu und Glaube, Redlichkeit und Vertrauen überall und zu allen Zeiten sittlichen Zwang zur Erfüllung dessen auflegte, was man bei seiner Treue versprochen hatte, wird Niemand bezweifeln, wenn es auch Dionysius für die Römer nicht noch besonders bezeugte.[10]

---

dinis vestigia usurpant.“ **1154**. fr. 7. pr. D. de minor. (4, 4.) „Ait Praetor: Gestum esse dicetur; gestum sic accipimus, qualiterqualiter sive contractus, sive quid aliud contingit.“ — Danz a. a. O. S. 109 ff. Rudorff zu Puchta § 273. Not. h. will die auspicia nur bei Schließung der Ehe, nicht bei vermögensrechtlichen Verträgen für üblich halten. Ich kann nach den obigen Stellen keinen Grund für diese Beschränkung finden.

5) Danz a. a. O. S. 33 ff. Plaut. Rud. V. 2. v. 52. „Venus Cyrenensis testem te testor mihi.“ **1155**. Cic. de legg. II. 7. „diis immortalibus interpositis tum iudicibus tum testibus.“

6) Liv. I. 32. (§ 37. N. 396.) Plaut. Rud. V. 2. v. 57. „Venus, ut tu audias.“ — Der Gott muß auch sehen, wer schwört, und so mußte der alte Eid beim Jupiter unter freiem Himmel abgeleistet werden. **1156**. Varro de L. L. V. 66. „. . Dius Fidius. Itaque inde eius perforatum tectum, ut ea videatur divom id est caelum; quidam negant sub tecto per hunc deierare oportere.“ Preller, Röm. Mythol. S. 213. Plaut. Rud. V. 2. v. 55. „*Gr*. Tum ego huic Gripo dico — inquito, et me tangito. *La*. Tum ego huic Gripo dico, Venus, ut tu audias.“ Danz a. a. O. S. 33. Macrob. V. 19. „. . habentur (sc. Delli) in cultu maximo, praecipueque circa exigendum iuxta eos iusiurandum praesens et efficax numen ostenditur.“ — Ueber das „palam“ vergl. besonders Voigt, Ius nat. III. 1. S. 35 ff.

7) Ueber die Form des Eides bei der ara vergl. Danz a. a. O. S. 113. Plaut. Rud. V. 2. v. 49. „*Gr*. Tene aram hanc. *La*. Teneo. *Gr*. Deiura te mihi argentum daturum . .“ **1157**. Dion. I. 40. „ὁ δὲ βωμὸς ἐφ' οὗ τὰς δεκάτας ἐπέθυσεν Ἡρακλῆς, καλεῖται μὲν ὑπὸ Ῥωμαίων Μέγιστος . . . ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι . .“ [Ara vero, supra quam Hercules decimas obtulit, a Romanis Maxima vocatur . . qui enim aliquid firmi ac validi transigere volunt, ad hanc aram et iusiurandum et pacta faciunt . .“] — Daß dieses aram tenere zur vollen Solennität eines Eides gehört, um seine volle Wirkung zu äußern, ergiebt deutlich Cic. pro Flacc. c. 36. „is, si aram tenens iuravit, crederet nemo.“ (Selbst wenn er aram tenens schwören würde, glaubte ihm doch Niemand.) Macrob. Sat. III. 2. „Tango aras, ignes ac numina testor.“ So schwört auch Hannibal bei Polyb. III. 11. Daß man von dieser Förmlichkeit in Feindes Land absehen mußte, versteht sich von selbst (§ 37. N. 396.), es genügte hier, die heimischen Götter anzurufen (Polyb. III. 25. Id. fragm. lib. VII. 9). Wenn aber in Frieden geschworen wurde, wurde zum Zwecke des Schwörens eine ara errichtet. Dion. II. 46.

8) fr. 44. pr. D. de lib. cens. (40, 12.) (§ 145, Not. 7.) — Dion. II. 75. Serv. ad Aen. IX. 299. „. . ut nunc quasi imitatio sit iurisiurandi, ut dicat Ascanius: Iuro per caput meum.“

9) **1158**. Liv. I. 21. „Et soli Fidei solenne instituit; ad id sacrarium flamines bigis, curru arcuato vehi iussit, manuque ad digitos usque involuta rem divinam facere: significantes fidem tutandam, sedemque eius etiam in dextris sacratam esse.“ (Drakenborch. ad h. l. über das „soli“.) Dion. II. 75. Plut. Numa c. 16. **1159**. Serv. ad Aen. III. 607. „physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes, ut . . dextram Fidei“. Id. ad Aen. I. 292 „. . ei (sc. Fidei) albo panno involuta manu sacrificabatur, per quod ostenditur fidem debere esse secretam.“ Schwegler, Röm. Gesch. I. S. 547. Danz a. a. O. S. 133 ff.

10) Voigt a. a. O. III. 1. S. 209 ff. sagt ganz richtig, daß bei einer großen Anzahl von Geschäften das blos auf die fides gestellte und ohne Rechtsform abgeschlossene Geschäft

Eben so aber ist auch das dextras dare eine fast überall gebräuchliche Form, Zusagen zu bekräftigen.[11]) Wenn also Livius und Dionysius erzählen, es habe Numa die fides zu einem numen erhoben, ad tutandam fidem, so muß er eben dadurch dem sub numine Fidei Zugesagten einen höheren Schutz haben gewähren wollen, als eine blos moralische Garantie, denn diese war schon früher vorhanden, wenn man einfach etwas bei seiner Treue zusagte oder dextram dabat. Es bestand aber dieser höhere Schutz offenbar in nichts Anderem, als daß jetzt ein wirklicher, solenner Eid auch bei diesem numen geleistet werden konnte, während, ehe die fides zum numen gemacht war, die Versicherung „bei meiner Treue" nur eine einfache, äußerlich wirkungslose Versicherung war.[12]) Aber das zweite, was Numa bei diesem Cultus einführte, war, daß deren sedes in dextris sacrata sein sollte. (Not. 9.) Was heißt das? Doch wohl kaum etwas Anderes als daß, wenn man bei der solennen Eidesformel die rechte Hand gebe, der Eid dieselbe Wirkung haben solle, als wenn man bei einer andern Gottheit die ara derselben anfasse.[13]). Es ist hiernach das dextram dare ohne solenne Eidesformel und ohne vorausgegangene Auspicien nicht wirksamer, als es vorher war[14]), aber mit der solennen Eidesformel conceptis verbis eben so wirksam, als ein bei der ara eines Gottes geschworener Eid. Wäre nun es richtig, daß bei „promittere" zu suppliren sei „manum", so erhielte der Ausdruck „fide promittere" mit dem entsprechenden „fide rogare" eine sehr bezeichnende Erklärung.[15])

4. Die precatio als Analogie des damnas esto. — Der Theil des Eides, durch welchen die Götter beim Eide um Schutz und Hülfe gebeten werden, wenn man den Eid halte, und umgekehrt die Strafe der Götter auf den herabgewünscht wird, der den Eid

---

dem reellen Schutze des Rechts entzogen und nur unter moralische Garantien der bürgerlichen Sitte gestellt gewesen sei.

[11]) Voigt a. a. O. III. 1. S. 222 ff. Danz a. a. O. S. 140. Terent. Andr. I. 5. v. 45 ss. Liv. XI. 12.

[12]) Voigt a. a. O. IV. 3. S. 383 ff. sieht in dem „firmare fidem" eine Steigerung vom ethischen Werthe des Wortes. Gewiß richtig. Sollte aber das vom Numa intendirte tutari fidem nur dem Worte einen noch höheren ethischen Werth verleihen? Schwerlich wäre dann diese Einrichtung so gepriesen worden. — Daß die dextra auch beim Schwören gegeben wurde, bezeugt Dion. V. 7.

[13]) Danz a. a. O. S. 133 ff. — Dazu Polyb. XXXI. 18.

[14]) Ueber den Begriff „auf mein Wort, bei meiner Treue" vergl. Voigt a. a. O. IV. 3. S. 383 ff.

[15]) Göppert, Zeitschr. für Rechtsgesch. IV. S. 267. Not. 15 hat sich gegen diese Auslegung erklärt. Nach seiner Ansicht kommt überhaupt manum promittere für „die Hand ausstrecken" oder gar „die Hand geben" nicht vor, wohl aber dextram porrigere und dergl., dann aber könnte, wenn jene Anwendung des Wortes früher üblich gewesen und nur untergegangen wäre, doch promittere schwerlich transitiv sein und dann den acc. cum infinitivo regieren. — Daß manum promittere nicht vorkommt, ist zuzugeben, wohl aber „permittere dextram". (§ 93. N. 648.) Allein die beiden letzteren Behauptungen möchte ich nicht zugeben. Nach **1160**. Fest. v. „Proculiunt, promittunt ait significare Antistius de iure pontificali L. IX", hat also „proculiunt" in pontificalem Sprachgebrauch „promittunt" bedeutet. Ueber die Bedeutung des sonst nicht weiter vorkommenden „proculiunt" schrieb mir auf meine Anfrage der verstorbene Schleicher: „Man kann an eine unmittelbare Bildung von der Wurzel cal in „cello, culi, culsum" (percello) denken; der Bedeutung nach vergl. antecello, excello, nur ist hier, bei veränderter Form des Worts, auch an veränderte Beziehung, an eine durchaus transitive zu denken, etwa „vorwärts gehen machen, vorwärts bewegen", was nun völlig zu promittunt stimmt." Möglich wäre es also, daß promittere manum transitiv und technisch gebraucht werde, und immer wird sich auf diese Weise dann am einfachsten erklären, wie das Wort promittere zu der Bedeutung von „versprechen" kam. Es würde dann porrigere dextram das rein thatsächliche Ausstrecken der Hand bedeutet haben, während promittere manum s. dextram das zum Zwecke eines Versprechens geschehene Ausstrecken wäre, wie z. B. bei Plin. Hist. nat. XI. 45. „sicut dextera osculis aversis appetitur, in fide porrigitur" nur die thatsächliche Verschiedenheit der Handbewegung bezeichnet.

breche, heißt precatio, aber namentlich wird der letztere Theil, die Verwünschung, so genannt.[16] Wie in dem damnas esto das Aufgeben des menschlichen Schutzes gegen Selbsthülfe enthalten ist, so in der precatio das Aufgeben des göttlichen Schutzes gegen Selbsthülfe, da die Götter occasione ulciscendi laesum armant. (§ 148. Not. 1.) Noch in weit späterer Zeit, als man an irati dii im eigentlichen Sinne nicht mehr glaubte[17], sah man Uebel, die den Eidbrüchigen trafen, dennoch noch als Folgen seines periurii an, wie viel mehr also in jenen ältesten Zeiten, als man noch ernstlich und allgemein an die ira deorum glaubte. (Cic. de legg. II. 17.)

## § 149.

### C. Die Wirkungen desselben.

So viel steht wohl fest, daß nach den zwölf Tafeln der Eid zu einer manus iniectio nicht mehr führte[1]. Es hat sich da schon die Scheidung von ius und fas der Wirkung nach vollzogen, die beide früher, wie in allen frühesten Phasen des genossenschaftlichen und staatlichen Lebens, nur ihrer Quelle nach verschieden waren. (§ 145.) Ganz so wie es beim nexum genügte, daß der nexus, wenn er nicht solvire, damnas sein solle und wolle, um ihn jeder vis iusta zu unterwerfen, so müssen auch die bei der ältesten Eidesformel auf sich selbst, im Falle des periurium, ausgesprochenen Nachtheile von selbst eingetreten sein. Wer daher, wie in dem alten Eide per Iovem lapidem (§ 37. N. 413), jedes Anspruchs an sacralen und rechtlichen Schutz (sacris, legibus excidam) nicht mehr theilhaftig sein will, wie hätte dieser, seinem Gläubiger gegenüber, von einer vis iniusta reden dürfen, wenn der Gläubiger gegen ihn manum iniecisset? Denn wer des ius civile und der religio civilis der Römer nicht mehr theilhaftig war, war zum hostis geworden und konnte über hostile Behandlung nicht klagen. Wenn wir auch keine bestimmte Stelle haben, die dieß ausdrücklich bestätigt, so liegt dieß doch so in der sicher wörtlich zu nehmenden ältesten Eidesformel, daß ein Zweifel, wie mir wenigstens scheint, darüber nicht möglich ist.[2] Welche Folgen dann

---

[16] Danz a. a. O. S. 19 ff. **1161.** Liv. IX. 5. „. . precatione res transigitur . ., ut eum (sc. populum) ita Iupiter feriat, quemadmodum a fetialibus porcus feriatur.“ Id. IX. 11. „precabor (sc. deos), ut iras suas vertant in eos . .“ Id. XXI. 45. — Für die precatio, ut in melius adiuvent, vergl. Cic. in Mur. 1. Serv. ad Aen. VII. 176.

[17] Polyb. VI. 56 tadelt es ausdrücklich, daß man zu seiner Zeit den alten Glauben an die ira deorum und deren Folgen leichtsinniger und unvernünftiger Weise verwerfe. — **1162.** Liv. VIII. 6. „. . . sicut inter foederum ruptorum testationem ingenti fragore coeli procellam effusam, nam et vera esse et apto ad repraesentandam iram Deorum ficta possunt.“ Tac. Annal. I. 73. „deorum iniurias diis curae.“ Serv. ad Aen. II. 689. „. . aut secundum Epicureos, qui dicunt deos non curare mortalia.“ Id. IV. 375. 379. Dagegen noch bei Liv. XXX. 37. „. . legatis . . monitis, ut tot cladibus edocti, tandem Deos et iusiurandum esse crederent.“ — Val. Max. I. 1, 16.

[1] Cic. de off. III. 31. (§ 147. N. 1147.) — So fides firmata bei Plaut. Mil. II. 5. v. 43 ff. — Adstringere deutet aber recht eigentlich den obligatorischen Charakter der beschworenen fides an. pr. I. de oblig. (3, 13.) fr. 3. pr. D. de O. et A. (44, 7.) fr. 99. pr. D. de V. O. (45, 1.)

[2] Serv. ad Georg. I. 269. (§ 20. N. 179.) „Divina humanaque iura permittunt . .“ Wenn Paull. Diaconus (§ 145. Not. 6.) an die Stelle der Worte des Eides bei Polybius, in dem alle Güter des Lebens einzeln aufgezählt werden, deren man nicht mehr theilhaft sein will, blos die Worte setzt: me Dispiter bonis eiiciat, so ist dieß sicher nichts weiter, als eine spätere Verkürzung der Formel, und nur gedacht in der späteren Auffassung der Wirkungen des Eides. Wenn Voigt a. a. O. III. 1. S. 239 annimmt, daß das periurium nur als Folge die impietas mit sich gebracht habe, so ist dieß für die spätere Zeit richtig. Was aber sollte in dem alten Eide beim Iupiter lapis das „sacris, legibus excidere“ heißen? Sacris ließe sich zur Noth noch auf die reine impietas beschränken: ich

das periurium noch außerdem hatte, ist hierbei gleichgültig.[3]) Wie sich der, der damnas in einem gewissen Falle sein wollte, für den bestimmten Fall für seine Person selbst gewissermaßen verdammt hatte, so auch der Schwörende durch sein legibus excidam. Aus welchem Grunde sollte das vor Menschen erklärte: damnas sein zu wollen, eine stärkere Wirkung gehabt haben, als jenes vor den Göttern erklärte legibus excidam? Sicher war in der ältesten streng religiösen, ja superstitiösen Zeit das fas noch in viel höherem Sinne eine divina lex, als in späterer Zeit, wo man das irasci der Götter geradezu leugnete.[4])

Neben diesen conceptis verbis an der ara eines Gottes geschworenen Eiden gab es von je eine Klasse von Betheuerungen durch Anrufen eines Gottes, die eben nichts weiter waren als etwas feierlichere einfache Zusagen. Bei ihnen ist daher auch keine Verfluchung seiner selbst, kein sacris, legibus excidam ausgesprochen, sondern nichts weiter als ein me iuvet.[5]) Es ist auch dieß ein iusiurandum im weiteren Sinne, dem aber eben die förmliche und solenne Verfluchung seiner selbst fehlt, und dem folgeweis auch von je die daran geknüpften Wirkungen fehlen mußten.

Eine eigenthümliche leicht erklärliche Beschränkung der Wirkung des promissorischen Eides ist es, daß er regelmäßig seine Wirkungen nicht über den Tod des Schwörenden hinaus erstreckt.[6]) Es mußte besonders ausgesprochen sein, daß der Eid auch die posteri binden solle[7]); war dieß nicht geschehen, so galt es als unbestrittene Regel, daß die posteri nicht gebunden seien.

### Das Verschwinden der rechtlichen Wirkungen des promissorischen Eides.

So viel geht mit voller Sicherheit aus Cic. de off. III. 31. (§ 147. N. 1146) hervor, daß zu Cicero's Zeit der Eid nicht mehr die Wirkungen hatte, welche die zwölf Tafeln an denselben knüpften. Denn Cicero setzt die Anschauungen seiner Zeit über den Eid denen der maiores gegenüber, die man noch erkennen könne (id indicant) aus Bestimmungen der zwölf Tafeln und anderen Ueberlieferungen. Die rein ethische Bedeutung des Eides war aber zu Cicero's Zeit noch dieselbe, wie früher, es müssen also die rechtlichen Folgen

---

will als non castus an keinen Opfern mehr Theil nehmen können und dergl., was aber soll „legibus excidam" Anderes heißen, als: ich will des Schutzes der leges meines Staates salvis ceteris nicht mehr theilhaftig sein. Und es ist sicher im Geiste der alten Anschauung gesprochen, wenn es bei Liv. V. 11. (§ 145. Not. 1.) heißt: Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse, si occasione ulciscendi laesos arment. Wenn die Götter gegen den Eidbrüchigen, gegen den, dem die dii dirati sind, die Gelegenheit zur Rache geben, so geben sie sicher noch viel mehr die Gelegenheit zur Selbsthülfe, zur manus iniectio, bei der sich dann schwerlich Jemand fand, der als vindex auftrat, um dessen Vertheidigung zu übernehmen, der nicht selbst manum depellere durfte. — Danz a. a. O. S. 8. — Ganz in diesem Sinne sagt Dion. VIII. 87. die Tribunen seien wegen des Eides der Vorfahren ὁσίως καὶ σὺν δίκῃ (iuste) mit Waffengewalt wieder in ihr Amt zurückgeführt worden.

3) Voigt a. a. O. III. S. 239. Not. 355 hat mich wohl nicht ganz richtig verstanden, wenn er annimmt, ich hätte nur den Eidbrüchigen für impius erklärt. Wenn ich als älteste Folge des periurii schließlich die detestatio sacrorum, also eine Art Excommunication angegeben habe, so kann diese allgemeine, weit über das bloße Recht des Gläubigers hinausgehende Folge, hier unerörtert bleiben.

4) **1163**. Cic. de off. III. 29. „Non fuit Iupiter metuendus, ne iratus noceret; qui neque irasci solet, neque nocere. Haec quidem ratio non magis contra Reguli, quam contra omne iusiurandum valet." Eod. „Quod autem affirmate, quasi deo teste, promiseris id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et fidem pertinet." So dachte man sicher in der ältesten Zeit nicht.

5) **1164**. Paull. Diac. v. „Mecastor et mehercules iusiurandum erat, quasi diceretur, ita me Castor, ita me Hercules, ut subaudiatur iuvet."

6) Dion. III. 22. 37. IV. 45. — Danz a. a. O. S. 58 ff.

7) Dion. IV. 46. V. 1. VII. 43. XI. 41. 55.

des Eides, jenes adstringere fidem, nicht mehr dieselbe Wirkung gehabt haben. Für die rechtlichen Wirkungen genügte allmählich das solenne Wort, und es mag der Uebergang vom promissorischen Eide zur verborum obligatio wohl der gewesen sein, den ich an einer andern Stelle ausgeführt habe. (Danz, Sacraler Schutz. Cap. V. S. 222 ff.) Mag man auch den negativen Beweis noch so gering anschlagen, daß sich in den uns erhaltenen Bruchstücken der zwölf Tafeln und in den uns erhaltenen Referaten der Alten aus denselben keine Spur einer Erwähnung der Verbalcontracte findet, so ist doch dieser Umstand nicht ohne Bedeutung. — Vielleicht ist der Ursprung der Verbalobligationen in der lex Silia und Calpurnia zu suchen, besonders, wenn es richtig ist, was Voigt (IV. 3. S. 402 Not. 30) wahrscheinlich gemacht hat, daß credere und stipulari schon vor der lex Silia als Wechselbegriffe gesetzt sind. So viel steht jedes Falls fest, daß zur Zeit der zwölf Tafeln der promissorische Eid noch rechtliche Folgen hatte. Diese sind fast völlig verschwunden und die Verbalcontracte füllen nunmehr das Gebiet aus, das der promissorische Eid gehabt haben mag.

## III. Die neueren Bildungen der formalen Verträge.

### § 150.

#### A. Die verborum obligationes.*)

I. Stipulari und Stipulatio[a]). — II. Die verschiedenen Formen der stipulatio. — 1. Spondere[b]). — 2. Promittere[c]). — III. Die stipulatio in ihrer späteren Entwickelung[d]). — IV. Die adstipulatio und adpromissio[e]). — V. Wirkungen der stipulatio[f]).

*) Heinecc. Antiquitt. Rom. syntagma. III. 16. § 1. ss. Hugo S. 290 folgg. Schweppe § 303. 304. Walter §. 604. v. Tigerström a. a. O. § 119. Christiansen a. a. O. S. 374 folgg. Burchardi, Lehrb. § 230. Schilling, Institt. Bd. III. § 278. Rein S. 659 ff. Kuntze Bd. I. § 649. 651. 653—658. 969. Bd. II. S. 474 ff. v. Savigny, System Bd. V. S. 532 ff. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I. § 18. Rudorff zu Puchta's Cursus Bd. III. § 273. Not. h. Christiansen Institutionen. S. 308 ff. Keller, Institutionen § 116. Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten § 2. — v. Salpius, Novation und Delegation. S. 211 ff. Macieiowski, Excurs. ad Virg. Aen. X. 74. Inest disquis. de origine stipulationis. Varsav. 1827. Dazu die Rec. v. Witte, in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. IV. S. 335 folgg. Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840. Rec. v. Schmid, Krit. Jahrb. 1841. S. 869—912 u. 961—995. — Danz, Sacraler Schutz S. 102—142. 236 ff. Girtanner, die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation insbesondere zum Creditum. Kiel. 1859. Huschke, Nexum S. 99—104. Gneist, die form. Verträge S. 113 ff. Gneist, De causae probatione stipulatoris ad Pauli fr. 25. § 4. D. de probatt. Berol. 1868. (Rec. v. Schlesinger in den Göttinger gelehrten Anz. 1858. S. 1793 ff.) Ihering Bd. II. S. 581 ff.

---

**a)** Ableitung des Wortes stipulatio. — 1) **1165**. Varr. de ling. lat. ed. Müll. V. 182. „Hoc ipsum stipendium ab stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librales pondo erant, qui acceperant maiorem numerum non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id est componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperant. Stips ab στοιβή fortasse, Graeco verbo. Id apparet, quod, ut tum institutum, etiam nunc diis cum thesauris asses dant, stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari." — **1166**. Paul.

Diac. v. „Stipem esse nummum signatum testimonium est de eo quod datur in stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur.“ 1167. Festus v. Stipem. „[Stipem dicebant pe]cuniam signa[tam, quod stiparetur]: ideo stipulari [dicitur is, qui] interrogat a[lterum, spondeatne stipem, id est] aes.“ — 1168. Paull. V. 7. § 1. „Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur, stipulum enim veteres firmum appellaverunt.“ 2) 1169. Isidor. Orig. V. 24. „Stipulatio est quasi promissio vel sponsio: unde et promissores stipulatores vocantur. Dicta autem stipulatio a stipula: veteres enim quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes, sponsiones suas agnoscebant.“ — 3) pr. I. de verb. oblig. (3, 15.) — „quae (sc. stipulatio) hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.“ 1170. Theoph. ad h. l. „Stipulatio δὲ ἐντεῦθεν ὠνόμασται· παρὰ τοῖς παλαιοῖς stipulum ἐλέγετο τὸ ἰσχυρὸν, a stipite, ἀπὸ τοῦ στελέχους.“ [Stipulatio autem inde dicta est: apud veteres stipulum dicebatur quod firmum erat, a stipite, id est caudice.] — Hugo S. 283. Schrader in Hugo's civ. Magaz. Bd. V. S. 174 folgg. Huschke Verf. des Serv. Tull. S. 133. Not. 41. Derselbe Nexum S. 99 ff. Ihering Bd. II. S. 581 ff. v. Savigny, System Bd. V. S. 538. Mühlenbruch in Heinecc. Antiq. III. 16. § 1. Not. a. Christiansen S. 374. Not. ***. Voigt, Ius naturale. II. S. 228 ff. IV. S. 402. Not. 30. S. 434 ff. Keller, Instit. S. 94—96. — Girtanner a. a. O. S. 229. Not. 192.

**b)** Spondere. — 1171. Varro de ling. lat. ed. Müll. VI. 69. (Ich gebe diese vielbesprochene Stelle ebenfalls wie Voigt a. a. O. IV. S. 426, nach der Lesart des Cod. Florent. mit den vortrefflichen Conjecturen Voigt's und Müller's.) „Spondere est dicere; spondeo a sponte, nam id valet et (V. i. e.) a voluntate. — — Ab eadem sponte, a qua dictum spondere declinatum spondit (M. spondet) et respondet et desponsor et sponsa, item et alia. Spondet enim, qui dicit a sua sponte: „Spondeo; spondit (M. spondet) est sponsor (V. est sponsoris. M. etiam sponsor), qui idem faciat, obligatur sponsus. (V. liest: obligatur sponsus. M. schließt den Paragraph mit „obligatur“.) — § 70. „Consponsus: hoc Nevius significat, cum ait „consponsi“. Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia, et quae desponsa erat, sponsa: quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio. (V. sponsa.) Cui desponsa quo (M. quae. V. qua=quae) erat, sponsus. Quo die sponsum erat, sponsalis. — § 71. „Qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius id est ex voluntate exierat; non enim, si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus; nam ut in comoediis vides dici: „Sponde' tuam agnatam (l. sponden' gnatam) filio uxorem meo?“ quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum aestimabatur. (Zu diesem Satze Voigt a. a. O. II. Not. 246.) Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem. — § 72. „A qua sponte, dicere quom spondere, respondere quoque dixerunt (M. sponte dicere respondere), cum a sponte responderent (M. quom ad spontem responderent), id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille, statim qui dixit: „spondeo“, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque qui dixit in tragoedia: „Meministin' te despondere mihi gnatam tuam“, quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.“ (Zu den letzten Worten Voigt a. a. O. III. § 20.) — Ueber diese Stelle zu vergl. Girtanner a. a. O. S. 84 ff. Huschke, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. X. S. 327 ff.

Ueber die ursprünglich sacrale Natur der sponsio vergl. Huschke, Servius S. 603. Danz a. a. O. S. 102 ff. (Dagegen Girtanner a. a. O. S. 87 ff.) Kuntze a. a. O.

I. § 92. 649. II. S. 474 ff. Rein S. 660. Not. 2. Lange, Röm. Alterth. I. § 35. Ihering I. S. 303. **1172**. Fest. v. Spondere. „Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδὰς interpositis rebus divinis faciant. Spondere antea dicebatur pro dicere, unde et respondere . . .“ **1173**. Dion. I. 40. „ὁ δὲ βωμὸς ἐφ' οὗ τὰς δεκάτας ἐπέθυσεν Ἡρακλῆς, καλεῖται μὲν ὑπὸ Ῥωμαίων Μέγιστος .... ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι, καὶ δεκατεύσεις χρημάτων γίνονται συχναὶ κατ' εὐχάς.“ [Ara vero, supra quam Hercules decimas obtulit, a Romanis Maxima vocatur . . . qui enim aliquid firmi ac validi transigere volunt, ad hanc aram et iusiurandum et pacta faciunt: hic etiam suarum facultatum decimas ex voto saepe offerunt.] — Huschke a. a. O. S. 603. Not. 36. Girtanner a. a. O. S. 15 ff. **1174**. Gaius III. 93. 94.: „at illa verborum obligatio: dari spondes? spondeo adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. § 94. Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: pacem futuram spondes? vel ipse eodem modo interrogetur; quod nimium subtiliter dictum est: quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur.“

**c)** Promittere. **1175**. Cic. pro Mur. 41. „Quem .. ita commendo, ut ... inimicissimum huic coniurationi, quae nunc rempublicam labefactat, futurum esse promittam et spondeam.“ **1176**. Id. ad fam. VII. 5. „Neque mehercule minus ei prolixe de tua voluntate promisi, quam eram solitus de mea polliceri.“ **1177**. Id. adv. Rullum II. 37. „Pro certo polliceor hoc vobis, atque confirmo, me esse perfecturum, ut iam tandem illi, qui honori inviderunt meo, tamen vos universos in consule deligendo plurimum vidisse fateantur.“ **1178**. Serv. ad Aen. I. 237. „Pollicemur sponte, promittimus rogati.“ (Polliceri = sich anerbieten; pollicitari verstärkt = sich anheischig machen.) Fest. v. „Proculiunt.“ (§ 148. N. 1160.) — **1179**. Liv. I. 21. „Et soli Fidei solenne instituit (sc. Numa); ad id sacrarium flamines bigis, curru acuato vehi iussit, manuque ad digitos usque involuta rem divinam facere: significantes fidem tutandam, sedemque eius etiam in dextris sacratam esse.“ — Cic. de legg. II. 11. Liv. XXIII. 9. **1180**. Plin. H. N. XI. 45. „inest et aliis partibus quaedam religio, sicut dextera osculis aversa appetitur, in fide porrigitur.“ — Danz a. a. O. S. 127 ff. — (Ueber promittere sc. manum vergl. Huschke, Servius S. 603. Not. 37. Derselbe, Gaius S. 73. Dagegen Göppert, Zeitschr. für Rechtsgesch. IV. S. 267. Not. 15. S. oben § 148. Not. 15.)

**d)** Die Entwickelung der stipulatio. — 1) In früherer Zeit. **1181**. Gai. III. 92. „Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fide iubes? fide iubeo; facies? faciam.“ — § 1. I. de V. O. (3, 15.) Theoph. ad h. l. fr. 1. § 6. D. de V. O. (XLV. 1.) „Eadem, an alia lingua respondeatur, nihil interest; proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece, dummodo congruenter, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Poenum forte, vel Assyrium, vel cuius alterius linguae, dubitari potest. Et scriptura Sabini: sed et verius patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat sive per se, sive per verum interpretem.“ — 2) Seit Leo. **1182**. c. 10. C. de contr. et committ. stipul. (VIII. 38.) Leo 469. p. Ch. — „Omnes stipulationes, etiamsi non solennibus vel directis, sed quibuscunque verbis consensu

contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem." 3) Die schriftlichen Aufzeichnungen der stipulationes. — Heinecc. l. c. III. 16. §. 6. Walter § 604. Liebe a. a. O. S. 19 folgg. Kuntze I. § 656. 969. — Mit diesen schriftlichen Aufzeichnungen eingegangener Stipulationen hat es folgende Bewandtniß: Um eine Sicherheit hinsichtlich des Inhaltes einer abgeschlossenen Stipulation zu haben, wurde es sehr früh verbreitete Sitte die Stipulation in einer cautio oder einem chirographum schriftlich aufzuzeichnen [fr. 40. D. de R. C. (XII. 1.) fr. 135. § 3. D. de V. O. (XLV. 1.)], dabei war aber natürlich vorausgesetzt, daß die stipulatio alle Erfordernisse eines Verbalcontracts wirklich gehabt habe, also namentlich Frage und Antwort mündlich und inter praesentes geschehen sei. Dabei galt aber der Grundsatz, daß wenn in dieser Schrift nur überhaupt Abschluß der Stipulation bezeugt war, auch jene Bedingungen einer gültigen Stipulation bis zum Beweise des Gegentheils als vorhanden angenommen wurden. — § 17. I. de inut. stipul. (III. 19.) **1183**. Paull. V. 7. § 2. „Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit." Noch weiter ging Justinian durch die Bestimmung in c. 14. C. de contrah. stip. (8, 38.): 1) Bei Stipulationsurkunden, in denen geschrieben sei, daß die Stipulation durch einen bestimmten Sclaven vollzogen sei, solle immer angenommen werden, daß der genannte Sclave gegenwärtig gewesen sei. 2) Wenn in der Urkunde die Contrahenten als gegenwärtig bezeichnet seien, so solle auch dieß für wahr gelten, wenn sich beide Theile an dem Tage in derselben Stadt befunden hätten, an dem das Instrument aufgesetzt sei, wenn nicht durch Urkunden oder ganz tadellose Zeugen erwiesen werden könne, daß Einer der Contrahenten den ganzen Tag nicht in der Stadt gewesen sei. § 12. I. de inut. stip. (3, 19.) **1184**. § 8. I. de fidbiuss. (3, 20.) „In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solemniter acta." —

Neben diesen schriftlichen Aufzeichnungen abgeschlossener Stipulationen kommen auch die Stipulationen in epistolis vor. Diesen scheinbaren Widerspruch mit dem wesentlichen Erforderniß jeder Stipulation, daß sie inter praesentes vollzogen sein müsse, erklärt Liebe a. a. O. S. 21 folgg. sehr gut auf folgende Weise. Es sei bei den Römern Sitte gewesen wichtige Gegenstände, welche man mündlich habe absprechen können, e scripto vorzutragen. (Sueton. Aug. c. 84. Tacit. Ann. IV. 39.) Derartig seien denn auch die erwähnten epistolae inter praesentes emissae gewesen, indem selbst noch im Justinianeischen Rechte nur dann die in einer epistola erwähnte stipulatio als solche gegolten habe: si res inter praesentes gesta est. c. 1. 14. C. de contrah. stipul. (VIII. 38.) — 4) Abschließen der Stipulationen durch servi. — Liebe a. a. O. S. 22. Not. 1. — fr. 5. § 4. D. de auctor. tut. (XXVI. 8.) . . . „ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi . . ." — fr. 126. § 2. D. de V. O. (XLV. 1.) — pr. I. de stipul. servor. (III. 17.) „Servus ex persona domini ius stipulandi habet."

**e)** Adstipulatio und adpromissio. — 1) Adstipulator. Heinecc. l. c. III. 16. § 13. Walter § 604. Schweppe § 305. — Gans, Scholien zum Gajus. S. 410 folgg. Puchta III. § 264. Rein S. 668. Kuntze I. § 660. Keller, Institt. § 190. Schilling, Institt. III. § 280. Dernburg, Compens. 2. Aufl. S. 53. — Cic. in Pison. c. 9. — Gai. III. 100. — § 13. 15. I. de inut. stipul. (III. 19.) — **1185**. Gai. III. 117. „Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, quum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus. Adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudi-

cio heredi tenetur." Hierüber bes. v. Scheurl, Beiträge N. 3. S. 106. **1186**. Gai. III. 215. „Capite secundo (sc. legis Aquiliae) adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur." — § 216. „Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur." — 2) Adpromissor. — Fest. v. Adpromissor. „Adpromissor est, qui quod suo nomine promisit, idem pro altero quoque promittit." — fr. 5. § 2. D. de V. O. (XLV. 1.) fr. 43. D. de solutt. (XLVI. 3.) — 3) Justinians Erweiterungen. — c. un. C. ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant. (4, 11.) 531. p. Chr. — c. 11. 15. C. de contrah. stip. (8, 38.)

**f)** Wirkung der stipulatio. — Liebe a. a. O. S. 37 ff. Keller, Instit. S. 97 ff. Schilling, Instit. III. S. 294. Kuntze I. § 655. — Besonders jetzt Voigt IV. S. 391 ff. Ders., Ueber die condictiones ob causam. S. 258 ff. — pr. I. de V. O. (III, 15.) „Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta." Als actio ex stipulatu wird vorzugsweise die mit doli clausula versehene bezeichnet. Voigt, Ius nat. IV. S. 395. 414 ff. fr. 24. D. de R. C. (XII. 1.)

## § 151.

## B. Litterarum obligatio*).

I. Die Haushaltungsbücher der Römer. — 1) Codex accepti et expensi (Tabulae, Ratio domestica).[a]) — 2) Adversaria.[b]) — 3) Kalendarium.[c]) — II. Die litterarum obligatio des älteren Rechts.[d]) — III. Die codices accepti et expensi der Argentarien.[e]) — IV. Syngraphae und chirographa im Peregrinenrecht.[f]) — V. Die s. g. litterarum obligatio des Justinianeischen Rechts.[g])

*) v. Savigny, Ueber den Literal-Contract der Römer in den Abhandlungen der histor. philolog. Classe der königl. Acad. der Wissenschaften zu Berlin 1817 nebst einem Anhange v. J. 1818. S. 289 folgg. Derselbe, Verm. Schriften I. S. 205 ff. Ders., System Bd. V. S. 527 ff. Gans, Scholien zum Gajus. Berl. 1821. S. 419 folgg. Hanlo, Diss. de nominum obligatione. Amstelod. 1825. Kraut, De argentariis et nummulariis comment. Goett. 1826. p. 90 ss. Wunderlich, Diss. de antiqua litterarum obligatione. Goett. 1832. Schmidt, M. T. Ciceronis pro Roscio Comoedo C. oratio. Lips. 1839. p. 14 ss. Dazu Huschke, Rec. in den krit. Jahrb. 1840. S. 481 ff. Keller, Beitrag zur Lehre vom röm. Litteral-Contracte in Sell's Jahrb. für histor. und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts. Braunschw. 1841. Bd. I. S. 93 folgg. H. Schüler, die Literarum obligatio des ältern römischen Rechts. Breslau 1842. Einert, Ueber das Wesen und die Form des Litteralcontracts. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. XI. S. 1 ff. — E. Pagenstecher, De literarum obligatione et rationibus, tam domesticis, quam argentariorum. Heidelb. 1851. — Gneist, die form. Verträge. S. 321 ff. Heimbach, Creditum S. 309 ff. Schlesinger, Zur Lehre v. den Formalcontracten. S. 63 ff. Salpius, Novation und Delegation S. 79 ff. Voigt, Ius nat. Bd. II. S. 244 ff. S. 420. Heinecc. l. c. III. 22. et Mühlenbruch ad h. l. not. a. Hugo S. 625. Schweppe § 306. 307. Walter § 605. Unterholzner, Lehre v. den Schuldverhältnissen I. S. 38 ff. — Puchta, Cursus Bd. III. § 274. Rein S. 677 ff. Schilling, Instit. Bd. III. § 284—286. Jhering II. S. 620. 621. Kuntze I. § 668—671. II. S. 134. 135. Keller, Instit. § 125.

**a)** 1) Die Einrichtung derselben. — **1187**. Pseudo-Ascon. ad Cic. in Verr. I. 23. § 60. „Moris autem fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius

vitae suae per dies singulos scribere, quo appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucrove seposuisset, et quo die, et quid item sumtus damnive fecisset. Sed postquam obsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit." Cic. pro Rosc. Com. 2. „.. non habere se hoc nomen in codice accepti et expensi relatum confitetur; sed in adversariis patere contendit. — — Quodsi eandem vim, diligentiam, auctoritatem habent adversaria, quam tabulae: quid attinet codicem instituere? conscribere? ordinem conservare? memoriae tradere literarum vetustatem? Sed si, quod adversariis nihil credimus, idcirco codicem instituimus ... Quid est, quod negligenter scribamus adversaria? Quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? Quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt deiecta, illae in ordinem confectae. Itaque adversaria in iudicium protulit nemo; codicem protulit, tabulas recitavit." — c. 3. „Quomodo, quum omnes, qui tabulas conficiunt, menstruas paene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis iacere pateris? Utrum cetera nomina in codice accepti et expensi digesta habes, an non? Si non: quomodo tabulas conficis? **1188**. Corn. Nep. Att. 13. „scimus, non amplius quam terna millia aeris, peraeque in singulos menses, ex ephemeride eum expensum sumptui ferre solitum." (Nach Keller, Institt. S. 108. „Atticus habe monatlich so viel für Unterhalt aus den adversariis in den codex als Ausgabe eingetragen." Hieraus ergiebt sich nach Keller, daß monatlich die einzelnen Posten aus den adversariis, sofern sie gleichartig waren, in den codex unter Einem Posten eingetragen wurden.) **1189**. Plin. H. N. II. 7. „Huic (sc. Fortunae) omnia feruntur accepta: et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit." — a) Folium accepti. — Rein S. 680. Auf diesem Blatte standen bei dem Gläubiger die zurückgezahlten Gelder, bei dem Schuldner als empfangenes Schuldcapital. **1190**. Cic. pro Caec. 6. „Hac emptione facta, pecunia solvitur a Caesennia; cuius rei putat iste rationem reddi non posse, quod ipse tabulas averterit; se autem habere argentarii tabulas, in quibus sibi expensa pecunia lata sit, acceptaque relata; quasi id aliter fieri oportuerit." **1191**. Plin. epist. II. 4. „quidquid mihi pater tuus debuit, acceptum tibi ferri iubeo. Nec est quod verearis, ne sit mihi ista onerosa donatio." (Bei Cic. in Verr. I. 57. findet sich der Ausdruck „opus in acceptum referre", der nach Becker, Handb. der röm. Alterth. II. 2. S. 238. Not. 596, im Gegensatze zu „probare opus", als der eigentlichen Uebernahme des opus, die officielle Einzeichnung in die tabulae, gleichsam die Quittung darüber bedeuten soll.) — b) Folium expensi. — Umfaßte zunächst alle Ausgaben von baarem Gelde zu den verschiedensten Zwecken. — Cic. in Verr. I. 23. **1192**. pro Cluent. 14. „.. L. Clodium .. aggreditur et cum eo LLS quadringentis, id quod ipsius tabulis tum est demonstratum, transigit." Gai. III. 131.

I. Ueber die Hausbücher der Römer. Codex, codex accepti et expensi, tabulae, ratio domestica. — Sehr richtig hat im Allgemeinen jetzt Keller (Sell's Jahrb. S. 94 folgg.) darauf aufmerksam gemacht, daß sich die Ansichten über das Wesen der Hausbücher der Römer zunächst in zwei große Hauptverschiedenheiten spalten, indem Einige die Hausbücher der Römer für Cassabücher, Andere für Contocorrentbücher halten. Hiernach würden die Ersteren in den Hausbüchern, wenn das endliche Resultat der Eintragungen zusammengerechnet wurde, die Summe des gegenwärtig in der Casse befindlichen baaren Geldes verzeichnet finden; die Anderen dagegen das Resultat des gesammten obligatorischen Verkehrs des das Hausbuch Führenden, indem der Saldo die einfache Geldsumme anzeige, welche in Folge der Zusammenrechnung und Compensation der einzelnen Posten ein Anderer schuldig blieb oder zu gute behielt. Alle gehen aber davon aus,

daß die Posten des „Soll“ und „Haben“ auf zwei verschiedenen Blättern des Hausbuches eingetragen gewesen wären und unterscheiden sich eben nur darin, daß die Einen nur die baaren Geld-Posten, die Andern dagegen auch andere Schuldverhältnisse nach Art des Contocorrentbuches mit eingetragen hätten. In Beziehung auf die innere Einrichtung der Hausbücher ist unter den Neueren zuerst zu erwähnen

v. Almendingen (Grolm. Magaz. für Philos. u. Gesch. des Rechts Bd. II. S. 175), welcher annimmt, daß der Vorschuß, den man Jemand geleistet habe, in die tabulae des Vorschießenden als wirklich geleistet, als expensum, eingetragen worden sei, während dagegen der Schuldner diesen Vorschuß in seinen tabulis als wirklich empfangen, als acceptum anerkannt habe. Sei dann auf diese Art creditirt worden, gleichgültig ob durch wirklichen Vorschuß oder nur dafür angenommenen, so habe man dieses expensilatio genannt.

Nach v. Savigny (Verm. Schriften Bd. I. S. 211 ff.) kommen in diesem codex accepti et expensi, der regelmäßig von jedem römischen Bürger geführt wurde, mit Ausnahme der filiifamilias (Cic. pro Coel. c. 7.), lediglich Geldgeschäfte, aber diese auch alle vor, so daß er eine vollständige Rechnung über alle Geldeinnahme und Geldausgabe enthielt. Jeder solcher Posten war aber einer bestimmten anderen Person so zugeschrieben, daß man sich entweder als deren Schuldner für diese Summe bekannte (acceptilatio, unser „Haben“) oder die Summe als an sie bezahlt (expensilatio, unser „Soll“) einzeichnete. Nur solche Posten wurden nicht eingetragen, deren man sich zu schämen hatte und die, weil man sie eben nicht eingetragen hatte, pecunia extraordinaria hießen. (Cic. pro Rosc. Com. c. 1. in Verr. I. 23.) In den Nachträgen zu der früheren Abhandlung hat sich jetzt v. Savigny (Bd. I. S. 240) der Keller'schen Auffassung angeschlossen.

Auch Keller (a. a. O. S. 98 folgg.) erklärt das Hausbuch der Römer für ein eigentliches Cassa-Buch (dagegen Rein S. 682. Not. 1.), theils weil die Führung eines Contocorrent-Buches eine viel zu künstliche Einrichtung für das Bedürfniß und die Fähigkeit des einfachen Bürgers sei, theils auch weil das Institut selbst sowohl, als dessen Name im gemeinen Leben entstanden sei und die Bezeichnung „codex accepti et expensi“ ganz unzweideutig ein Cassabuch andeute. Endlich spreche auch hierfür noch der Umstand, daß wenn man sich das Handbuch als Contocorrentbuch denke, jede liquide Forderung, also z. B. auch eine obligatio ex stipulatu gleich in einen Literalcontract bei ihrer Entstehung übergegangen sei, indem der Schuldner in einem Contocorrentbuche auf seinem Blatte damit belastet sein müßte. — Bei der Annahme, daß das römische Hausbuch ein Cassabuch gewesen sei, bleibe nur die Schwierigkeit übrig die Möglichkeit der nomina transcriptitia in einem solchen zu erklären, ohne daß sich ein Fehler in der zu irgend einer Zeit gezogenen Bilanz ergebe, indem hier der Gläubiger ein Guthaben erhalte, was nicht in Gelde bezahlt sei. Für diese Schwierigkeit hat Keller folgenden Ausweg angegeben: Anstatt nämlich bloß die Umwandlung des Geschäfts wie sie wirklich vor sich gegangen in das Hausbuch einzutragen, trägt der Inhaber des Hausbuchs das Geschäft so ein, als ob der Empfang des Geldes und die Wiederausgabe desselben wirklich vor sich gegangen sei, während in Wahrheit keines von beiden geschehen ist. Dieses angewendet zunächst auf die transcriptio a persona in personam (Gai. III. 130.), würde, wenn A von X 100 zu fordern hat und dafür den Z zum Schuldner bekommen soll, zunächst A dem Z die 100 als an letzteren ausgezahlt eintragen (expensum ferre) und Z dieselben 100 als empfangen eintragen (acceptum ferre); rücksichtlich des X aber trägt A die 100 als ein acceptum ein, und dadurch wäre dann natürlich die Richtigkeit des Cassabuchs herbeigeführt. Eben so verhielte es sich aber bei der transcriptio a re in personam (Gai. III. 129.), deren Form eben darin besteht, daß eine Forderung aus einer andern caussa in eine litterarum obligatio umgewandelt wird durch expensum ferre von Seiten des Gläubigers; also z. B. wenn A aus einem Kaufe 100 an Z zu fordern hat, würde A nicht blos die neue Forderung als expensum eintragen,

sondern auch die 100 aus dem Kaufe als accepta in seinem Buche eintragen müssen. — Aus dieser Manipulation erklärt denn Keller auch den Namen „nomen transcriptitium", indem es ein nomen sei, welches so entstehe, daß man den Stoff desselben auf der einen Seite des Buches einschreibe, und ihn dann wieder auf die andere Seite hinüberschreibe. Besonders hieraus erkläre sich aber auch sehr einfach, wodurch sich auch in der äußern Erscheinung ein nomen arcarium von einem transcriptitium unterschieden habe. Das erstere stehe nämlich im Hausbuche wie jede alltägliche Geldausgabe nur auf einer Seite, das nomen transcriptitium dagegen auf beiden Seiten und unter gegenseitiger Verweisung. — Daß aber diese Manipulation nicht blos eine wahrscheinliche, sondern wirklich so vor sich gegangen sei, sucht Keller durch die Interpretation der zwei vielbestrittenen Stellen des Cicero (in Verr. I. 36. pro Rosc. Com. c. 3) nachzuweisen, indem nur durch diese Art der Auffassung des Vorganges beim nomen transcriptitium die unveränderte Lesart der Handschriften einen passenden Sinn gebe.

Eine von den bisher angegebenen ganz verschiedene Ansicht hat Schüler (a. a. O. S. 3 folgg.) zu begründen gesucht. Nach dessen Ausführung würde „der codex ein Buch sein, in welches alles die Vermögensverwaltung Betreffende, sowohl die Einnahme und Ausgabe, wie die geschlossenen Verträge, in chronologischer Folge, und höchstens mit Trennung von Einnahme und Ausgabe, in besondere Colonnen oder Bände, niedergeschrieben wurden." Die nächstliegende Einwendung, daß bei einer solchen Buchführung weder eine Uebersicht noch ein Abschluß möglich sei, versucht Schüler dadurch zu beseitigen, daß er theils ein Schema aufstellt, wie möglicher Weise das Chronologische mit dem Tabellarischen verbunden und Einnahme und Ausgabe gehörig getrennt hätten werden können, theils dadurch, daß das dispungere d. h. das Zusammenstellen der einzelnen Posten, die sich auf einen bestimmten Schuldner bezogen, das Ziehen einer Bilance (pariatio), möglich gemacht habe. **1193**. fr. 56. pr. D. de V. S. (L. 16.) „Cognoscere instrumenta est relegere et recognoscere, dispungere est conferre accepta et expensa."

Daß aber eben dieses dispungere erst noch nöthig gewesen, bestätige vorzüglich die aufgestellte Meinung über die tabulae, indem außerdem, wenn sie die Form der heutigen kaufmännischen Bücher gehabt hätten oder die der Contos, ein bloßes Addiren und Subtrahiren genügt haben würde. Wenn ferner auch bei größeren Vermögensverwaltungen Einnahme und Ausgabe getrennt gewesen wären, so würde dieses, wie Schüler sehr richtig bemerkt, keineswegs gegen seine Annahme sprechen, indem dann immer noch in jeder Abtheilung rein die chronologische Form hätte beibehalten werden können. Besonders durch diese Auffassungsweise bekämen eine Reihe von Stellen erst die gehörige Klarheit. Nimmt man nämlich mit Schüler an, daß der ganze Vertrag vollständig in den Codex eingetragen wurde und zwar ohne ein besonderes Conto für die einzelnen Personen aufzustellen, nur als Aufzeichnung eines Vorganges, so erklärt sich sehr einfach die so häufig vorkommende Notiz, daß ein zwischen den Parteien abgeschlossener Vertrag auch in den Büchern dritter Personen eingezeichnet wurde. Stellen der Art finden sich ziemlich zahlreich bei Cicero z. B. **1194**. Cic. ad Att. IV. 18. „Haec pactio non verbis sed nominibus et perscriptionibus multorum tabulis quum facta esse diceretur etc." — **1195**. Id. pro Rosc. Com. c. 1. „Solent fere dicere, qui per tabulas hominis honesti pecuniam expensam tulerunt: egone talem virum corrumpere potui, ut mea caussa falsum in codice referret?" Ja selbst noch in einer späteren Zeit findet sich ein Beispiel des Eintragens in einem fremden Codex, nämlich in **1196**. fr. 5. § 8. D. commodati (XIII. 6.) „Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo etc."

Daß aber in den Codex die verschiedensten Vorgänge, keineswegs blos Geld-Ein-

nahmen und Ausgaben, wenn sie nur auf die Vermögensverwaltung Bezug hatten, eingetragen wurden, ergebe sich aus einer Anzahl von Stellen, welche Schüller sehr vollständig gesammelt hat, und von denen beispielsweise nur folgende aufgeführt werden mögen: Cic. in Verr. I. 57. IV. 6. „Ita jussisti, opinor, ipsum in tabulas referre: Haec omnia signa Praxitelis, Myronis, Polycleti H. S. VI. mill. et D. Verri vendita sunt." Id. pro Cluentio c. 30. „Confecit tabulas diligentissime Cluentius; haec autem res hoc habet certe, ut nihil possit neque additum neque detractum *de re familiari* latere." Gegen diese Ansicht v. Savigny, verm. Schriften Bd. I. S. 243 ff. — Bei allen diesen Notizen bleibt aber freilich immer das zweifelhaft, inwieweit diese späteren Notizen auf die früheren codices accepti et expensi anwendbar sein mögen. Heimbach a. a. O. S. 358 ff. stimmt im Wesentlichen Keller bei, daß der codex accepti et expensi ein Cassa-Buch gewesen sei. In diesen seien außer den Expensilationen und Acceptilationen auch Vormerke anderer Contracte enthalten gewesen, welche der Private mit Andern abgeschlossen hatte. (Cic. in Verr. IV. 6. 12. Pseudo-Ascon. ad Cic. in Verr. I. 23. (N. 1187.) Die Benennung codex accepti et expensi rühre daher nur a potiori her. Dieser codex hatte eine bestimmte innere Ordnung, indem die nomina in chronologischer Reihenfolge eingetragen waren. (Cic. pro Rosc. Com. 2. N. 1187.) Zugleich waren in diesen Hausbüchern auch die Gründe (causa des acceptum und expensum) angegeben, aus welchen die Schuldverbindlichkeit oder Schuldforderung entstanden war. (Cic. in Verr. IV. 6. 12. I. 23. Id. pro Forteio 2.) Was nicht in dieser Reihenfolge eingetragen war, war buchstäblich extra ordinem, daher hießen auch uneingetragene Posten extraordinaria pecunia, vielleicht früher ohne schlechte Nebenbedeutung, später mit einer solchen für unrechtmäßig erworbene Forderungen.

Auch nach v. Salpius a. a. O. S. 79 ff. ist der codex accepti et expensi ein Cassabuch, und zwar ein chronologisch geordnetes. Die nomina arcaria, die sich ebenfalls darin fanden, erschienen darin als einfache Ausgabeposten (expensum), um deren Betrag der Cassabestand durch gleichzeitige Baarzahlung vermindert wurde. Die transcriptio a persona in personam habe daher aus einem doppelten Posten bestanden, nämlich einem Einnahmeposten (acceptum) zu Gunsten des einen, und einem gleich hohen Ausgabeposten (expensum) zu Lasten des andern Betheiligten, die aber weder in den Büchern noch in der Wirklichkeit eine Veränderung in dem Cassabestande hervorbrachten. Die doppelte Buchung habe nur dazu gedient, das Hin- und Herzahlen durch verschiedene Hände zu vermeiden. Hinsichtlich der transcriptio a re in personam folgt v. Salpius der Keller'schen Ansicht, daß in diesem Falle das Kaufgeld als fingirter Einnahmeposten eingetragen worden sei, also auf ein fingirtes Hin- und Herzahlen, nur — wie bei der transcriptio a persona in personam — nicht zwischen verschiedenen, sondern zwischen denselben Personen hinausgelaufen sei. Jedes Geschäft habe aber im codex des Schuldners in umgekehrter Gestalt erscheinen müssen, so daß sich die codices beider Theile controlirten. Da nun der codex ein Cassabuch gewesen sei, so hätten darin auch materielle Geschäfte aller Art gestanden z. B. baar bezahltes Kaufgeld, Miethe und dergl. Diese hätten sich von den eigentlichen nomina gleich äußerlich dadurch unterschieden, daß bei den nicht obligatorischen Ausgabe- und Einnahmeposten die Veranlassung dazu mit in die Bücher eingetragen gewesen sei, während die wirklichen nomina dagegen ohne causa debendi gebucht worden wären. Bei den nomina arcaria dagegen habe ein mit dem expensum gleichwerthiges acceptum gefehlt, und aus der unterbliebenen transcriptio habe eben eine Numeration sich ergeben müssen.

**b)** Adversaria. — Weit unbestrittener ist das Wesen des unter dem Namen adversaria (auch wohl commentarii) vorkommenden Buches. Nach Cic. pro Rosc. Com. c. 2. waren diese adversaria nämlich nichts anders als ein kurzes Notizenbuch, in welches man alle möglichen Posten ohne irgend einen Unterschied notirte. Aus diesen adversariis wurden dann zu gewissen Zeiten, wahrscheinlich monatlich, gewisse Posten ausgehoben

und in die tabulae eingetragen. Vergl. Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 23. § 60. — (Schüler a. a. O. S. 7 ff. Walter § 605. Keller, Instit. S. 107.)

**c)** Kalendarium s. Kalendarii ratio (fr. 58. D. de pecul. (15, 1.).) — Hecht, die röm. Kalendarienbücher. 1868. Rein, S. 681. Not. 2. Da bei den Römern die Zinsen eines Capitals allmonatlich im ersten Tage des Monats (kalendae) fällig wurden, so verstand man unter kalendarium das Verzeichniß der ausstehenden Capitalien, während die Zinsen nicht in die Kalendarienratio eingetragen wurden, sondern wahrscheinlich in dem Kassabuch der Hauptverwaltung verrechnet. (Hecht a. a. O. S. 19.) Sämmtliche darin eingetragene nomina waren arcaria. Das kalendarium war in einer eigenen arca aufbewahrt, in welcher auch die cautiones debitorum lagen, nebst dem zu dem Kalendariendarlehen bestimmten Gelde. (Hecht a. a. O. S. 22 ff.) fr. 64. D. de leg. III. (32.) fr. 41. §. 6. D. eod. Solche Kalendarien hatten nun aber eben sowohl Privatpersonen, als Gemeinheiten. [fr. 41. pr. D. de R. C. (XII. 1.) fr. 23. pr. D. de pecul. legat. (XXXIII. 8.) — Fragm. Vat. § 128. — c. 1. C. Th. de curatt. kalend. (XII. 11.) fr. 18. § 2. D. de munerib. (L. 4.)] Für die Kalendarien der civitates waren eigene curatores kalendarii angestellt, welche für sichere Anlegung der Capitalien einzustehen hatten. [c. 1. C. Th. eod. „Ideoque periculo curatoris kalendarii . . . apud idoneos, vel dominos rusticorum praediorum, pecunia collocanda est."] **1197**. fr. ult. § 2. D. de muner. (50, 4.) „Kalendarii quoque curatio et quaestura in aliqua civitate, inter honores non habeatur, sed personale munus est." Fragm. Vat. 128. Ueber deren Stellung den civitates gegenüber vgl. Gothofred. ad C. Th. h. t. (XI. 11.) ed. Ritt. tom. IV. p. 610 ss. — Wunderlich, de antiqua litterarum obligat. Gott. 1832. p. 20. — Salmasius, de usuris. Batav. 1638. c. 6. p. 150. Hecht a. a. O. S. 26 ff. Privaten hatten zur Führung des kalendarii gewöhnlich einen Sclaven. fr. 41. D. de reb. cred. (XII. 1.) Es war daher auch die actio kalendarii die Klage aus den im Kalendarium eingetragenen nomina arcaria. (fr. 39. § 14. D. de admin. tut. (26, 7.) und kalendaria exercere hieß Geld ausleihen und in das kalendarium eintragen.) fr. 34. § 1. fr. 41. § 6. D. de legat. III. (32.) Das Eintragen in das Kalendarium (exercere kalendarium) veränderte an der ursprünglichen Natur des eingetragenen Vertrags nichts. Rücksichtlich des Beweises der im Kalendarium eingetragenen Capitalien und Zinsposten waren die gewöhnlichen Dokumente nöthig (instrumenta kalendarii). [fr. 41. § 6. D. de legat. III. (XXXII.) und fr. 27. § 3. D. de instructo. (XXXIII. 7.)] Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen, Bd. II. S. 230 ff.

**d)** II. Die litterarum obligatio. (Litteralcontract.) — **1198**. Gai. III. § 128. „Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. — § 129. **A re in personam tran*scriptio fit veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. — § 130. A persona in personam transcriptio fit veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi. — § 131. Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rei, non litterarum obligatio consistit: quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei, non *litterarum* facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. — § 132. Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis iuris gentium est. — § 133. Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari. —

§ 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est." — Gai. III. 137. 138. (§ 151. N. 1203.) Theoph. ad tit. I. de litt. oblig. (3, 21.) (§ 151. N. 1205.) Cic. ad fam. VII. 23. (§ 151. S. 53.). **1199.** Seneca de benef. III. 15. „Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret! nec pacta conventaque inpressis signis custodirentur! fides potius illa servaret et aequum colens animus! Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt: adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit; ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit." **1200.** Id. de benef. II. 23. „Quidam nolunt nomina secum fieri nec interponi pararios nec signatores advocari nec chirographum dare: idem faciunt, qui dant operam, ut beneficium in ipsos collatum quam ignotissimum sit." **1201.** Cic. in Verr. II. 70. „pecuniam iis, quae ab isto aliquid mercabantur, foenori dabat. Ea autem foeneratio erat huiusmodi, iudices, ut etiam hic quaestus huic cederet; nam, quas pecunias iis ferebat expensas quibuscum contrahebat, aut scribae istius, aut Timarchidi, aut etiam ipsi referebat acceptas." **1202.** Fragm. Vat. § 329. „Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur."

Wie sehr die Ansichten über das Wesen des Litteralcontracts auseinandergehen, mag folgende Relation der verschiedenen Vertreter derselben zeigen. Die Fragen über die Form des Litteralcontracts, ob er auf Novation beschränkt gewesen sei oder nicht, und über die Beweiskraft der Hausbücher scheinen mir noch nicht endgültig entschieden. Da ich selbst aber nur Zweifels-, nicht aber Entscheidungsgründe geben könnte, d. h. nichts positiv Besseres an die Stelle des mir zweifelhaft Erscheinenden zu setzen habe, so habe ich mich mit der einfachen Relation der divergirenden Ansichten begnügt. Nach v. Savigny, Verm. Schriften I. S. 205 ff. war der Ausdruck nomina facere der technische Ausdruck für den wahren Litteralcontract, weil beide Bezeichnungen ganz identisch gebraucht würden. [pr. I. de litt. oblig. (III. 22.) Cic. de offic. III. 14.] Besonders werde dieses aber dadurch festgestellt, daß sich mehrere Stellen fänden, in denen „nomina facere" als ein Eintragen in den codex bezeichnet werde. [Cic. in Verr. I. 36. 39. ad Attic. IV. 18. Seneca de benefic. III. 15.] Da nun ferner die expensilatio das bloße Eintragen in das Hausbuch sei und in der bekannten Stelle bei Cic. pro Rosc. Com. c. 5. die expensilatio als Entstehungsgrund einer Obligation angeführt werde, so müßte diese Wirkung derselben auch ganz unmittelbar den Hausbüchern beigelegt werden. Diese Meinung werde aber endlich auch dadurch unterstützt, daß, wenn das Wesen des Litteralcontracts in einer eigenen Urkunde bestanden habe, theils das Schweigen über eine solche an Stellen, wo sie hätte erwähnt werden müssen, wie z. B. Ascon. ad Cic. in Verr. I. 36., theils das sonst schwer erklärliche Verschwinden des Litteralcontracts hiergegen spreche. Wäre der Litteralcontract durch eine eigene Urkunde zur Entstehung gebracht worden, so wäre er auch dem Bedürfniß der Zeit, die einen vermehrten Gebrauch der Schrift überall mit sich geführt habe, nur erwünscht gewesen. Hätte dagegen derselbe mit den Hausbüchern in Verbindung gestanden, so erkläre sich dessen allgemeines Verschwinden mit dem Verschwinden der Hausbücher und die theilweise Fortdauer desselben bei den Argentarien nach fr. 9. pr. D. de pactis (II. 14.), weil diese noch vollständige Rechnungsbücher hätten fortführen müssen, sehr einfach.

In Gai. IV. 128—134. (N. 1198) findet Savigny eine vollständige Bestätigung obiger Erklärung des Litteralcontracts. Es entstehe nämlich auch die litterarum obligatio oder das nomen transcripticium durch das expensum ferre, die expensilatio („si expensum tibi tulero"), ohne irgend eine Erwähnung einer selbständigen Urkunde. Aus dieser Stelle

folge aber, daß die Eintragungen des baaren Geldes (arcaria nomina) keine literarum obligatio begründeten, sondern daß für diese nur die Fälle übrig blieben, in welchen irgend eine andere Schuld in das Buch so eingetragen werde, als ob es ein baares Darlehn wäre. Hieraus folge aber keineswegs, daß der Litteralcontract jederzeit habe eine Novation sein müssen, da das nomen transcripticium eben so wohl hätte gebraucht werden können, um einer zukünftigen, als einer schon vorhandenen Obligation diese besondere Form zu geben. Ueber die Form ergebe sich aber auch aus dieser Stelle nichts Bestimmtes, jedoch liege eine wichtige Andeutung für dieselbe in **1203**. Gai. III. § 137. „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. — § 138. Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.“ —

Auch hier sei wieder nur die Handlung des Gläubigers, die expensilatio, die einzige Handlung, worauf der Litteralcontract beruhe. Daraus folge aber, daß die Gegenwart des Schuldners überflüssig sei; daß er bei jener Art der Eintragung in keiner Weise mitzuwirken habe und mündliche Rede nicht als Bestandtheil der Form gedacht werden dürfe. Eine vorhergehende wenn auch ganz formlose Einwilligung des Schuldners sei aber durchaus nothwendig. [Cic. pro Rosc. Com. c. 1.] Als Resultat dieser Ausführungen stellt v. Savigny a. a. O. Bd. I. S. 236 selbst Folgendes auf: der Litteralcontract ist ein formelles Geschäft, geschlossen durch die Eintragung einer Geldforderung in das Hausbuch. Die Eintragung des Gläubigers (expensilatio), nicht aber die entsprechende Eintragung des Schuldners (acceptilatio) machte das Wesen des Geschäfts aus, welches wie baares Darlehn und Stipulation eine certi condictio begründete. Das baare Darlehn stand zwar auch als expensum in dem Hausbuch, blieb aber immer nur eine re contracta obligatio. Es mußte daher dem Litteralcontract stets eine andere causa zu Grunde liegen, die durch Eintragung eine gleiche Natur mit dem Gelddarlehn erhalten sollte, indem sie so betrachtet würde, als wäre dem Gegner baares Geld gegeben worden. Was Theophilus (N. 1205) über die Form des Litteralcontracts angebe, beruhe auf einer Verwechselung der zu seiner Zeit üblichen Geschäftsformen. Daß das transcriptitium nomen nur als Novation gedacht sei, sei nicht anzunehmen, der Litteralcontract habe auch zur Anwendung kommen können bei künftigen Verwendungen, in Erwartung künftiger Abrechnung (Cic. ad Att. IV. 18.) und zum Zwecke einer Schenkung (Val. Max. VIII. 2, § 2.). Der Ausdruck transcriptio sei, wie Keller gezeigt habe, nicht dagegen, indem dieser nur auf das Umschreiben eines Postens aus dem acceptum in einen gleich hohen Posten als expensum zu beziehen sei. (S. 250 ff.) Für den Beweis des Litteralcontracts habe man sich aber derselben Mittel bedienen können, deren man sich zum Beweise der stipulatio bedienen konnte und mußte.

Gegen diese Ansicht Savigny's stellte Gans in seinen Scholien zum Gaius a. a. O. folgende Sätze auf: Aus den angeführten Stellen bei Gaius gehe hervor, daß es zwei Arten des Litteralcontracts gegeben habe, den durch Eintragung in den codex entstehenden, die nomina transcripticia, und einen zweiten in einer selbständigen Urkunde bestehenden griechischen Ursprungs und den Peregrinen eigenthümlichen, den durch syngraphae hervorgebrachten und unsern Wechseln ähnlichen. Dieser letztere aber sei eben geschildert in der Stelle des **1204**. Asconius ad Cic. in Verr. I. c. 36. § 91. „Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest: quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent; in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum: et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphen utriusque manu [signatam] utrique parti servandam tradunt.“

Diesen Litteralcontract beschreibe aber eben auch **1205**. Theophilus ad Tit. I. de

litt. oblig. III. 21. (Bei dieser Stelle des Theophilus füge ich an den betreffenden Orten die Worte in Parenthese ein, welche nach den von Heimbach, Creditum S. 327 ff. verglichenen Handschriften wesentliche Abweichungen von dem Texte enthalten, den Reiz gegeben hat.) „Μετὰ τὴν re, καὶ τὴν verbis εἴπομεν περὶ τῆς litteris. Ἡ δὲ litteris τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπεδέχετο ὅρον· litteris ἐστί, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι τυπικοῖς [ῥήματι καὶ γράμματι τυπικῷ]. Εἰ γάρ τις ἐχρεώστει μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος ἢ ἐπερωτήσεως (πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις·) ἠβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν τυπικὰ [ταῦτα] λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτόν, ὃν ἔνοχον ἠβουλόμην τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ· ἦν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· [Τοὺς ἑκατὸν χρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων;] (centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli;) εἶτα ἐνεγράφετο, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως, ταῦτα τὰ ῥήματα. [Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων] [expensos mihi tulisti]. Καὶ ἡ μὲν προτέρα ἐνοχὴ ἀπεσβέννυτο, καινοτέρα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ litteris· αὕτη δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο.“ Vers. Reiz. Post obligationem aut re aut verbis contractam, dicamus de litterarum obligatione. Litterarum autem obligatio olim hanc recipiebat definitionem: litterarum obligatio est vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debebat ex emtione vel locatione vel mutuo vel stipulatione (multae autem sunt debitorum caussae) egoque hunc vellem litteris obligatum mihi reddere: necesse erat solemnia verba dicere et scribere ad eum, quem litteris obligare mihi volebam. Erant autem verba, quae et dicebantur et scribebantur: Centum aureos, quos mihi ex caussa locationis debes, tu ex conventione et confessione litterarum tuarum dabis? [„centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli?“] Deinde adscribebantur, ut ab eo qui jam ex locatione obligatus esset, haec verba: Ex conventione debeo litterarum mearum [„expensos mihi tulisti“]. Et prior obligatio exstinguebatur, nova autem id est litterarum, nascebatur. Haec vero ex eo quod in scriptis consisteret, appellationem accepit.) (Wunderlich a. a. O. bemerkt, daß „τὰ οἰκεῖα γράμματα“ nicht wie „eigne Schrift des Schuldners“, litterae meae, übersetzt werden dürfe, sondern durch: rationes domesticae. Gegen diese Meinung Wunderlich's erklärt sich Schilling, Instit. II. S. 327 a. E. wegen Theoph. III. 22 in f. „. . ἐπὶ τῆς litteris ἔνοχος μὲν ὁ γράψας, ἔνοχον δὲ αὐτὸν κτᾶται ἐκεῖνος, εἰς ὃν γέγονεν ἡ γραφή . .“ [Reitz: in litterarum obligatione quidem est scriptor, obligatum vero eum habet ille, in quem facta est scriptura.] Hieraus geht nach Schilling hervor, daß Theophilus eine eigne, vom Schuldner dem Gläubiger ausgestellte Schuldverschreibung gemeint habe.)

Ohne Novation, fährt Gans fort, wäre ein nomen transcripticium undenkbar, denn einem solchen könne nur Schenkung oder frühere Schuld möglicher Weise vorangehen. Nach den Worten des Gai. III. 137. stehe aber unwiderleglich fest, daß das transcripticium nomen auf einer einseitigen Handlung des Creditors beruht habe. Nun beruhe aber die Schenkung auf einem Zusammenwirken beider Theile, folglich müsse Schenkung als Grund der litterarum obligatio ausgeschlossen sein. Dadurch allein, daß sie auf eine Novation, auf vorhergehende Schuld, gegründet werde, erkläre sich aber die Form des Litteralcontracts; indem es nun nicht mehr auffalle, daß er durch das einseitige Eintragen entstanden sei, da ja stets der Beweis eines andern Geschäfts vorhergehen müsse und der Creditor daher nur die Wahl hatte, durch Eintragung eine actio bonae fidei in eine condictio certi zu verwandeln. Daß durch diese Beweisführung von Gans auch nicht ein Satz der Savigny'schen Abhandlung über das nomen transcripticium umgestoßen wird, bedarf keines

weitern Beweises, und die Beziehungen desselben zu den syngraphae werden weiter unten näher betrachtet werden.

In anderer Weise hat Wunderlich a. a. O. (bei dem sich S. 8. ff. eine sehr vollständige Angabe der Litteratur dieser Lehre findet) besonders die von Savigny ganz bei Seite geschobene Autorität des Theophilus wieder herbeigezogen. Besonders mit Rücksicht auf diese oben abgedruckte Stelle aus dessen Paraphrase wird die Form des alten Litteralcontracts dahin bestimmt: Es sei die Eintragung einer Schuld durch den Gläubiger und zwar in seinen codex expensi et accepti, zu welcher aber der Schuldner seine Zustimmung bestimmt erklären muß. Zuvörderst tritt Wunderlich der Ansicht Savigny's unbedingt bei, daß der Litteralcontract nur in den Hausbüchern habe vollzogen werden können (a. a. O. S. 23.) und stellt dann an die Spitze seiner Untersuchung die sehr richtige Bemerkung, daß der Ausdruck „tabulae" ganz genereller Natur sei und daher derselbe häufig auch für eine der unter denselben fallenden Species gebraucht werde, weßhalb der Ausdruck „tabulae" allein bei weitem zu unbestimmt sei. Um dieses anschaulich zu machen, stellt er folgendes Schema auf:

Tabulae

| Codex | | Cautio | |
|---|---|---|---|
| Codex accepti et expensi | 1) Creditoris apocha | 2) Debitoris chirographum | 3) Utriusque syngrapha. |

Die Form des Litteralcontracts setzt Wunderlich in die expensilatio, so daß durch das expensum ferre des Gläubigers derselbe zu Stande gebracht worden sei. Dabei verstehe es sich von selbst, daß dieses wirksam nicht ohne Zustimmung des Schuldners habe geschehen können. Sei der Schuldner gegenwärtig gewesen, so wäre ein Verfahren beobachtet worden, wie es Theophilus a. a. O. beschreibe. Habe der Schuldner durch jene Worte seine Beistimmung zu erkennen gegeben, so habe der Gläubiger dessen Antwort so eingetragen, als ob dieses der Schuldner selbst gethan hätte. Da nun um Derartiges herzustellen die Gegenwart des Schuldners gar nicht nöthig gewesen sei, so liege es in der Natur der Sache, daß sein Wille: zu Folge eines Litteralcontracts gebunden zu sein, auch auf jede andere mögliche Art und Weise habe ausgedrückt werden können, durch Briefe, Boten ꝛc. Die Zeit der Entstehung des Litteralcontracts läßt Wunderlich mit der der größeren Ausdehnung des römischen Reichs zusammenfallen, indem damals sich die Nothwendigkeit herausgestellt habe, auch unter Abwesenden Contracte abzuschließen. So viel stehe fest, daß zu Cicero's Zeit diese Litteralcontracte vielfach in Gebrauch gewesen und noch zu Papinians Zeiten keineswegs außer Gebrauch gekommen wären. Im 4. oder 5. Jahrhundert unserer Zeitrechnung seien die Litteralcontracte zugleich mit den Hausbüchern außer Gebrauch gekommen.

Nach Schmidt's (a. a. O. S. 14 folgg.) Ansicht war die litterarum obligatio auf Geldschulden eingeschränkt und setzte stets eine schon vorhandene obligatio, wenn auch nur eine naturalis, voraus. Auch er hält die expensilatio des Gläubigers für genügend, eine litterarum obligatio hervorzubringen, vorausgesetzt, daß der Schuldner dazu seine — nöthiges Falles zu erzwingende — Einwilligung gegeben habe. Bei der Einschreibung habe aber jedesmal der bisherige Obligationsgrund hinzugesetzt werden müssen. Des Beweises wegen seien aber die nomina auch in die Hausbücher Anderer eingetragen worden. Warum die nomina „transcripticia" genannt worden wären, gibt Schmidt nicht näher an, sondern verwirft nur die Meinung, daß sie daher diesen Namen erhalten, weil sie aus den adversariis in den codex eingetragen worden wären. Huschke in der Recension der Schmidt'schen Schrift (Richters Jahrbücher Bd. VII. S. 488.) erläutert dieses dann positiv dahin, „daß die Einschreibung stets aus der bisherigen (gleichsam diesseitigen) eine neue (gleichsam jenseitige, nämlich Buch-) Forderung erzeugte (gleichviel übrigens, ob a re oder a persona transcribebatur)."

Vielfach von den bisherigen Ansichten abweichend ist die von Schüller (a. a. O. S. 35 folgg.) aufgestellte. Seine Meinung geht, wie er dieselbe am Schlusse seiner Abhandlung selbst ausgesprochen hat, dahin, daß in dem rein chronologisch geführten Codex (vgl. oben S. 46 ff.) die schriftlichen Contracte ihrem ganzen Inhalte nach eingetragen wurden, und von ihrer schriftlichen Abfassung die Benennung nomen (nach Schüller aus „notamen" zusammengezogen, S. 38. Not. 82) erhielten. Die Abschließung eines solchen Vertrags war dann an die von Theophilus beschriebene formula solennis gebunden. War in einem solchen schriftlichen Vertrage keine Novation vorgenommen, so hieß er nomen im Allgemeinen; hatte er ein Darlehn zur Grundlage, nomen arcarium, und endlich wenn eine Novation darin lag, nomen transcripticium. An die Stelle dieses nomen transcripticium ist später die pecunia constituta getreten, die sich nur dadurch von jenem unterscheidet, daß sie von den alten Förmlichkeiten befreit ist.

Diese Sätze sucht nun Schüller auf folgende Art zu beweisen: Er geht zuvörderst von dem Satze aus, daß nomina facere oder nomen factum nicht gleichbedeutend mit nomina transcribere sein könne. Erst müsse ein nomen factum s. scriptum sein, ehe es transscribirt werden könne. Nomina facere bedeutet ihm aber jeden ursprünglich schriftlich eingegangenen und abgefaßten Vertrag ohne Beschränkung auf einen bestimmten Inhalt, wie etwa Darlehn oder dergl., und daß sich dieses nomina facere nur auf schriftliche Verträge beschränkt habe, beweise die Stelle bei Ascon. ad Cic. in Verr. I. c. 10. **1206**. „Tituli debitorum nomina dicuntur praesertim in iis debitis, in quibus hominum nomina scripta sunt, quibus pecuniae commodatae sunt, cui rei contrarium est, mutuas accepisse."

Diese schriftliche Abfassung des Vertrags, das nomina facere, geschah aber nach Schüllers Ansicht nicht durch das bloße expensum ferre mit formloser Einwilligung des Schuldners, weil sonst ein zweiseitiger Vertrag auf der einen Seite an eine Form gebunden sein würde, auf der andern aber nicht. Beide Contrahenten müßten vielmehr hierbei thätig gewesen sein und zwar der Schuldner dadurch, daß er seinen Namen in den ihm vorgelegten Codex des Gläubigers unter die dort befindliche solenne Formel des Vertrags unterschrieb. Und da nun dabei dem sich Verpflichtenden der Codex vom Berechtigten vorgelegt werden mußte, so folge ferner, daß auch beide Theile anwesend, oder wenigstens durch Bevollmächtigte vertreten sein mußten. Dieß bestätige theils eine Stelle des Plautus (Asinaria act. II. sc. 4. v. 30 ss.), theils Cic. ad divers. VII. 23. „Accepi Aviani litteras, in quibus hoc inerat liberalissimum, nomina se facturum, quum venisset, qua ego vellem die. Fac, quaeso, qui ego sum, esse te." Hauptsächlich war hierbei des Beweises wegen es nothwendig, daß der Vertrag sich im Hausbuche des Gläubigers verzeichnet fand. Wäre dieses nicht möglich gewesen, weil der Codex desselben bei Abschließung des Vertrags nicht zur Hand war, so habe man sich entweder der Einzeichnung in den Codex eines dritten bedient oder auf einem besondern Blatte ein Schuldinstrument ausgestellt. Auf dieses letztere deute die Stelle bei Cic. ad Attic. VII. 3. hin, wo der freigelassene Philotimus in Asien eine besondere Urkunde über eine transcriptio a re in personam ausgestellt habe. (Vergl. Schüller's Erklärung dieser Stelle auf S. 18. Not. 59.) Neben dem Codex kam aber auch nach Schüller kein besonderes Schuldinstrument vor, und umgekehrt neben einem besondern Schuldinstrument keine Einzeichnung in den Codex. Dieser Ausschließung des einen durch das andere widerspreche auch keineswegs c. 6. C. Th. de denunt. (II. 4.), wenn man nur unter „cautio facta" den schriftlich in den Codex eingetragenen Vertrag verstehe. Auf Seite 60 folgg. kommt endlich Schüller zu dem Beweis, daß das nomen arcarium nichts Anderes sei, als ein nomen in seiner ersten Gestalt, ehe es transcribirt worden. Er sucht diesen Beweis in den Schlußworten der Stelle bei
**1207**. Gai. III. 131. „Alia caussa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rerum, non litterarum obligatio consistit: quippe non aliter valet, quam si numerata sit

pecunia; numeratio autem pecuniae ... facit obligationem. Qua de caussa recte dicemus, arcaria nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere."

Da nämlich hier gesagt werde, daß die arcaria nomina obligationis factae testimonium praebent, so würde der zu ihrer Gültigkeit erforderliche Beweis in ihnen selbst liegen und sie müßten demnach immer gelten. Dieses könne nun, mit den Anfangsworten der abgedruckten Stelle verglichen, nichts Anderes heißen, als: das arcarium nomen, was nur beim mutuum vorkommen kann, läßt den Einwand zu, daß die verschriebene Schuld nicht bezahlt worden sei. Hiernach hätte dann dieses nomen arcarium materiell ganz die Natur des Justinianeischen Litteralcontracts. (Schüler a. a. O. S. 63 folgg.)

Rücksichtlich des nomen transcripticium geht Schüller (a. a. O. S. 66 folgg.) von dem Satze aus, daß es nichts sei als eine Novation, ein Bekenntniß über eine schon bestehende Schuld in besonderer Form und schriftlich ertheilt. Die Rechtsverhältnisse, an deren Stelle der neue Contract trat, hätten aber schon im Codex enthalten sein müssen. Auch diese nomina transcripticia seien in einer bestimmten Formel und zwar nach der oben abgedruckten Stelle des Theophilus abgefaßt worden. An die Stelle dieser nomina transcripticia seien dann das constitutum debiti proprii (transcriptio a re in personam) und das constitutum debiti alieni (a persona in personam) getreten. (Vergl. über diese Abhandlung Schülers auch noch die Recension von v. Buchholtz in Richters krit. Jahrb. Jahrg. IX. S. 891 flg.)

Nicht minder unter einander abweichend sind die in den Lehrbüchern aufgestellten Ansichten, von denen aber nur diejenigen hier erwähnt werden mögen, welche in irgend einer Beziehung von einer der eben erwähnten ausführlicheren Abhandlungen abweichen.

Walter § 605 gibt zuvörderst die unterscheidenden Merkmale der Adversarien und des codex accepti et expensi an und erklärt sich dann mit der Mehrzahl der Neueren auch für die Beschränkung des Litteralcontracts auf Eintragungen im Hausbuche. Die Geldposten (nomina) wurden nach Walter so notirt, daß man das, was man von einem Andern zu fordern hatte oder was man ihm schuldig war, als für ihn ausgelegt oder als von ihm empfangen anschrieb (expensum oder acceptum ferre). Sei dieses Anschreiben dann so erfolgt, daß man dem Andern dasjenige, was man von ihm aus irgend einem Geschäfte oder auch was man von einem dritten zu fordern hatte, als Buchschuld notirte, so sei dadurch die alte Schuld aufgehoben (transcriptione) und die Litteralobligation an deren Stelle gesetzt worden. Diese Umschreibung habe aber natürlich die Zustimmung des Andern vorausgesetzt (Cic. pro Rosc. Com. c. 5.) und sei zu beweisen gewesen, weshalb man sie vor Zeugen oder schriftlich abgegeben habe. Das richterliche Ermessen habe aber bei dem Beweise ein weites Feld gehabt. Gell. XIV. 2. (Seneca de benef. II. 23. III. 15.) Sei dann die Richtigkeit der Transcription zugegeben, so komme das bloße Verneinen der früheren Schuld nicht mehr in Betracht, höchstens könne noch die exceptio doli entgegengesetzt werden (Val. Max. VIII. 2. § 2.) Die Klage aus dem Litteralcontracte sei die condictio certi. [Cic. pro Rosc. Com. 4. 5. — fr. 1. D. de ann. leg. (III. 21.)]

Unterholzner (Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeb. v. Huschke Bd. I. S. 38 folgg.) geht davon aus, daß bei der litterarum obligatio in dem expensum ferre des Gläubigers das eigentliche Wesen derselben bestanden habe und daher dieselbe eine Buchschuld gewesen sei. Während nämlich nomen im Allgemeinen einen eingetragenen Schuldposten bezeichne, bedeute nomen facere überhaupt das Zubuchebringen einer Forderung. Beruhe dabei die rechtliche Begründung der Forderung auf einer wirklichen Auszahlung, so sei es ein nomen arcarium (Darlehnsschuld), beruhe es dagegen lediglich auf dem Zubuchebringen, so werde es ein nomen transcripticium (Buchschuld). Solle nun aber wirklich Buchschuld zu Stande kommen, so müsse der Gläubiger dabei mit Bewilligung desjenigen, dem die Buchschuld zur Last geschrieben wird, gehandelt haben. Diese Einwilligung habe natürlich vom Gläubiger bewiesen werden müssen, ein Beweis, den man häufig dadurch ge-

sichert habe, daß man eine Mittelsperson (pararius) zugezogen hätte, welche den Abschluß vermerkt habe. Cic. ad Attic. IV. 18. [Senec. de benef. III. 15. „Ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit."] Da nun diese litterarum obligatio mit den den Römern eigenthümlichen Wirthschaftsbüchern zusammenhing, habe der Zweifel nahe gelegen, ob nicht deren Anwendbarkeit auf römische Bürger beschränkt werden müsse. [Gai. III. 133.] Daß Frauen nicht ausgeschlossen gewesen, beweise Val. Max. VIII. 2, 2. — Mit dem Untergange der Sitte Wirthschaftsbücher zu führen, habe diese Art der Obligation aufgehört und sei wohl zu Gaius Zeit nur noch bei den Wechslern in Gebrauch gewesen. [Ascon. ad Cic. in Verr. I. 23. N. 1187.]

Einert a. a. O. (Rec. von Fick, Krit. Zeitschr. Bd. I. S. 479 ff.) stellt zunächst die Hypothese auf, daß es den Römern vorzugsweise darum zu thun gewesen sei, bei Abschließung von Rechtsgeschäften an den Ernst und die Wichtigkeit ihrer Folgen zu mahnen. Es sei daher den Römern fremd gewesen, daß ein ganz einfaches, aller Form entkleidetes Versprechen einen Klaggrund abgeben könne. Für den Handelsstand sei aber das unabweisliche Bedürfniß nach „glatten" Forderungen hervorgetreten d. h. nach Forderungen, die von der materiellen causa ganz losgetrennt zu einem eigentlichen Verkehr mit Forderungen, vorzugsweise zur Benutzung des Credits als baaren Geldes, zu brauchen gewesen seien. Nun habe der Litteralcontract als ein formloses schriftliches Schuldbekenntniß auch inter absentes gültig zu Stande gebracht werden können und habe sich dadurch wesentlich von der Stipulation unterschieden. Durch eine solche Form sei nun den Anforderungen des Creditbedürfnisses allerdings genügt worden, und so habe denn die römische Jurisprudenz den Litteralcontract zuerst für den Verkehr mit Peregrinen und dann auch für den Verkehr inter cives anerkannt.

Gegen solche Litteralcontracte ohne jede Angabe einer materiellen causa debendi, aber freilich auch nur gegen solche, sei dann unter den Kaisern die exceptio und querela non numeratae pecuniae innerhalb einer bestimmten Frist gegeben worden. Dies erkläre auch die Ausdrucksweise der Institutionenverfasser, wenn diese sagten, daß erst nach Ablauf von zwei Jahren eine wahre Litteralobligation entstehe.

Eine neue Prüfung der bis zum J. 1849 erschienenen Litteratur über den Litteral-Contract hat Heimbach (die Lehre von dem Creditum 1849. S. 309—370) unternommen. Er selbst geht bei Prüfung der Quellen zunächst davon aus, daß keineswegs überall da, wo von einem expensum ferre die Rede sei, eine litterarum obligatio anzunehmen sei. Expensum ferre sei wörtlich genommen so viel als: „etwas als verausgabt niederschreiben", „niederschreiben, daß man etwas hingegeben habe." Das eigentliche nomen factum habe immer die Novation einer früheren Verbindlichkeit enthalten. Verschiedene Stellen könnten nicht von diesem eigentlichen nomina facere verstanden werden, obgleich in ihnen ein expensum ferre erwähnt werde, was aber hier nur von Eintragung wirklich geschehener Zahlungen zu verstehen sei, wie bei Liv. VI. 20. XXXV. 7. Cic. in Verr. I. 39. II. 7. 70. pro Fonteio 2. Gell. XIV. 2.

Die Expensilation, wenn sie eine Litteral-Obligation habe erzeugen sollen, habe bestimmte Formen haben müssen. Nur dasjenige nomen habe eine Obligation erzeugt, welches seinen Entstehungsgrund in der eigenen Schrift enthalte, also keinen Entstehungsgrund außer sich habe. [arg. fr. 38. D. de O. et A. (44, 7.) Gai. III. 134.] Habe der Expensilationsact eine litterarum obligatio erzeugen sollen, so sei die Mitwirkung des debitor wesentlich gewesen. Es ergebe sich dieß schon aus dem Wesen des Contracts, der nur durch den Consens beider Theile möglich sei. Aber auch aus der Stelle bei **1208**. Cic. pro Rosc. Com. 1. „scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset?" und aus **1209**. Val. Max. VIII. 2. § 2. „C. Viscellius Varro ... ab Otacilia Lateranensi, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam sum-

mam peteret, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando." Namentlich aber aus Gai. III. 137 gehe die Mitwirkung des debitor bei der obligirenden expensilatio deutlich hervor, wo von dem Litteralcontract gesagt werde: „in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur." Vollständig bestätigt werde dieß durch Theoph. ad tit. I. de litt. obl. (3, 21) nach der Lesart der besseren Handschriften (N. 1205). Hiernach sei es nicht zweifelhaft, daß auch der debitor futurus bei der transcriptio nominis nicht blos consentirend, sondern auch schreibend mitzuwirken gehabt habe. (Nach Heimbachs Uebersetzung: Erant autem verba, quae dicebantur et scribebantur, haec: centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? Postea scribebantur ab eo, qui iam ex locatione obligatus esset, haec verba: expensos mihi tulisti.) Von diesem Gesichtspunkte aus bestätige diese Mitwirkung auch fr. 13. D. ad SCum Vell. (16, 1).

Mit der Verbindung, in welcher die nomina transcriptitia mit den Hausbüchern standen, hänge auch der Ausdruck nomen facere zusammen. In diesen Hausbüchern heiße jeder Personaleintrag nomen, gleichviel, ob er auf einem Soll (expensilatio) oder auf einem Haben (accepti relatio) beruhe. Allein der Ausdruck nomen komme auch in anderer Beziehung vor ohne besondere Beziehung auf die Hausbücher.

Die strenge Verbindlichkeit des nomen factum habe sich nur auf die Novation einer früheren Obligation basiren können. Dieß beweise Theoph. l. c. und Cic. de offic. II. 14. In der Stelle bei Cic. ad Att. IV. 18, die man dafür angeführt habe, daß die Verwandlung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit gar nicht zum Wesen der litterarum obligatio gehöre, sei nach einer richtigen Interpretation von einer expensilatio gar nicht die Rede. Die dort bemerkte Summe sei nur in den Hausbüchern der Paciscenten vorläufig, in Folge des abgeschlossenen Vertrags, als Guthaben durch accepti relatio vorgemerkt worden. Der Hergang sei am einfachsten aber so zu denken, daß bei jedem nomen transcriptitium der expensilatio in demselben Buche auf der einen, eine acceptilatio auf der andern Seite parallel gelaufen sei, indem die alte, jetzt zu novirende Forderung zunächst durch acceptilatio getilgt, und erst an deren Stelle die neue eingebucht worden sei.

Die Entstehung der litterarum obligatio denkt sich Heimbach (S. 354) auf folgende Weise: Die ganze litterarum obligatio ist wahrscheinlich aus der obligatorischen Numeration herausgetreten, welche man mit der expensilatio verband. Wenn A. mit B. nomen facit über das, was er ihm aus dem Kaufe schuldet, so wird angenommen, daß A. dem B. die Kaufsumme durch eine liberirende Numeration solvirt, und dieser sie ihm auf dem Wege der obligatorischen Numeration zurückcreditirt habe. Der Kürze halber ward die Handlung in Einen Act zusammengezogen und durch expensilatio eingebucht. Hieraus folge von selbst, daß das nomen facere immer eine alte Schuld voraussetzt und deren Novation herbeiführt.

Sowohl die Hausbücher als auch die litterarum obligatio haben nach Heimbach nicht blos in den Büchern der Argentarien, sondern als allgemeine Sitte auch unter den Kaisern fortgedauert. Noch von den classischen Juristen würde die litterarum obligatio erwähnt, ohne daß dabei an die Bücher der Argentarien zu denken sei [fr. 4. § 1. D. de pecul. (15, 1.) fr. 16. pr. D. ad SC. Velleian. (16, 1.) fr. 41. § 17. D. de fideic. libert. (40, 3.) fr. 2. D. de proxen. (50, 14.), so daß sie erwiesen bis in das dritte Jahrhundert nach Christus angefertigt worden seien. Daß man ihr Abkommen schon in die erste Kaiserzeit gesetzt habe, beruhe lediglich auf der Stelle des Pseudo-Asconius (N. 1187.), der frühestens in das vierte Jahrhundert nach Christus gesetzt werden könne.

Hinsichtlich der Beweiskraft der Hausbücher stimmt Heimbach im Wesentlichen v. Savigny bei, daß sie nämlich lediglich auf der Gewohnheit und dem Ansehen beruht hätte, welches die Buchführung eines ordentlichen Mannes in den Augen des Richters verdient habe. (Cic. pro Rosc. Com. 2. pro Fonteio 2.) Um die Hausbücher aber zum Zwecke

des Beweises zu gebrauchen, habe man sich regelmäßig nur fremder Hausbücher bedient (Senec. de benef. III. 15). Damit sei aber nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger zur Bekräftigung seiner Behauptung auch die eigenen Hausbücher vorgebracht habe, in denen er das nomen factum eigenhändig eingetragen habe.

Nach v. Salpius a. a. O. S. 84 ff. liegt das eigentlich obligatorische Element beim Litteralcontract in der expensilatio, das Stück, welches der Gläubiger in der Hand behielt, womit ihm also der Schuldner gebunden blieb, mochte er in seinem Buche thun was er wollte. Zur Entstehung der wirksamen Obligation war aber Consens des Schuldners, wenn auch ein ganz formloser, nothwendig, denn: obligatio litteris contrahitur, also auch Consens inter absentes. Nicht jede expensilatio erzeugte aber eine Litteralobligation, denn auch die nomina arcaria beruhten auf einer Expensilation. Bei der Gutschrift einer blos fingirten Zahlung werde aber nicht gesagt: acceptum ferre oder facere, sondern stets acceptum referre, indem durch diesen Ausdruck auf den gleichzeitig als expensum gebuchten Posten Bezug genommen sei. (Cic. in Verr. I. 39.) Die Nachricht des Theophilus (III. 21) widerspreche allen sonstigen Ueberlieferungen, denn schon zu Cicero's Zeit sei der Gebrauch der codices accepti et expensi im Verfall begriffen gewesen und die Aeußerungen des Gaius seien auf die Argentarien beschränkt zu denken.

Die nomina transcriptitia seien in der Hauptsache abstracte Geldschulden gewesen und der Litteralcontract habe ein fingirtes Gelddarlehn erzeugt, wobei durch die formell obligatorische Eintragung die Schuld von ihrem Entstehungsgrunde losgelöst und eine condictio certi mit der ganz allgemeinen Formel: si paret centum dare oportere gegeben worden sei. Sie habe sich aber dadurch von der stipulatio unterschieden, daß sie gar nicht im Stande gewesen sei, die materielle Grundlage des Geschäfts in sich aufzunehmen, sondern nur das nackte dare oportere enthalten habe. Wegen dieser formell obligatorischen Natur des Litteralcontracts habe er jeder rechtlichen Function dienen können, also dem solvere, credere und donare. Es sei unrichtig zu behaupten, die nomina transcriptitia hätten immer eine Novation enthalten, während der Litteralcontract mit der Novation gar nichts zu thun habe. Der Litteralcontract, da er inter absentes abgeschlossen werden konnte, habe vielmehr vorzugsweise dazu gedient, Creditgeschäfte von Ort zu Ort zu vermitteln, ähnlich wie der heutige Wechsel. Ja es habe sich sogar für die Zwischenpersonen, die nur des Credits wegen eingeschoben wären, ein technischer Ausdruck „pararii" gebildet. (Seneca de benef. III. 15.) Ein Beispiel der Art wäre: A ist weder Schuldner des B, noch Gläubiger des C, sondern A will vom B Credit nehmen, den ihm dieser, etwa weil ihm A nicht bekannt oder sicher genug ist, nicht direct gewähren will; wohl aber ist B bereit, dem C Credit zu geben. Zu dem Ende delegirt A den C an B auf 100, und gestattet wiederum dem C, ihn bis zu seiner Deckung mit 100 zu belasten. Auf welche Weise eine solche interpositio von pararii ausgeführt worden sei, ergebe das Beispiel bei Cic. in Verr. II. 70.

Jede Betheiligung einer dritten Person außer dem Gläubiger und Schuldner war, nach v. Salpius (S. 95 ff.), bei dem Litteralcontract vollständig ausgeschlossen. Es sei daher ganz unrichtig, zu denken, daß nomina oder wohl gar vollständige Contracte in die Hausbücher dritter Personen des Beweises halber eingetragen worden wären. War der codex ein Kassabuch, so hätten selbstverständlich nur solche Eintragungen hineingehört, welche das Vermögen des Buchführers selbst berührten. Alle die Stellen, wo von multorum tabulae die Rede sei, sprächen von tabulis der wirklich Betheiligten, so Cic. in Verr. II. 7. vergl. mit I. 10, wo diese tabulae ganz klar die Bücher derjenigen Personen seien, die dem Dio Geld gegeben hatten. Von Delegationen aber sprächen die ebenfalls benutzten Stellen bei Senec. de benef. II. 13. (richtiger: 23) III. 15 und Cic. ad Att. IV. 18. (v. Salpius S. 93.) — Eben so wenig habe aber durch nomina transcriptitia ein Correalverhältniß hervorgebracht werden können. Gegen diese Möglichkeit

spräche zunächst die Einrichtung der Hausbücher, denn für jeden correus, sei es credendi oder debendi, sei eine Ausgleichung des Postens durch ein gleichwerthiges acceptum erforderlich gewesen, was nothwendig im Resultate zu einer Verdoppelung des nomen geführt haben müsse. Die einzigen Zeugnisse, die man dafür angeführt habe, seien fr. 9. pr. D. de pactis (2, 14) und fr. 34. pr. D. de receptis (4, 8) (v. Savigny, Obligg. I. S. 148 ff.), bezögen sich nur auf das handelsrechtliche Verhältniß mehrerer Argentarien, die unter einer gemeinschaftlichen Firma dem Publikum gegenübergestanden hätten.

Rein a. a. O. S. 603 ff. nimmt an, daß der Entstehungsgrund der Litteralobligation das Eintragen einer Geldsumme nebst dem Namen der Person, die man als Schuldner bezeichnen wollte, auf die Seite der Ausgabe (expensum) des Hausbuches gewesen sei. Durch diese Handlung sei der Schuldner so verpflichtet worden, als wenn er eine wahre Geldsumme erhalten hätte, ohne daß dabei eine selbständige Urkunde vorkomme. Auf dieser expensilatio des Gläubigers beruhe die Litteralobligation. Cic. pro Rosc. Com. 5. „pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.“ Gai. III. 137. „et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.“ Seine Einwilligung dazu müsse allerdings der Schuldner gegeben haben. Es sei aber weder nöthig gewesen, daß er bei dem Acte zugegen gewesen sei (Gai. III. 136. 138.), noch auch daß er eine entsprechende acceptilatio in seinem Hausbuche vorgenommen habe. (Cic. pro Rosc. Com. 1.) Jene Handlung des Gläubigers, das expensum ferre, wodurch die Obligation eingegangen werde, heiße nomen facere. Cic. ad fam. VII. 23. Senec. de benef. II. 23. III. 15. fr. 1. D. de ann. leg. (33, 1) fr. 52. pr. D. de pecul. (15, 1.) In der Regel sei zwar die Litteralobligation zur Novation benutzt worden, jedoch seien auch Fälle denkbar, in denen eine Litteralobligation ohne Novation vorgekommen sei.

Die Beweiskraft der im Hausbuch eingetragenen Litteralobligationen habe anfänglich auf der Gewissenhaftigkeit in der Buchführung und der persönlichen Glaubwürdigkeit des Gläubigers beruht, und der Richter habe hierbei eine sehr freie Beurtheilung gehabt. (Gell. XIV. 2.) Um aber den Consens des Schuldners zu beweisen, habe man sich diesen entweder schriftlich geben lassen (per epistolam) oder Zeugen zugezogen oder endlich die Posten in die Bücher Mehrerer eintragen lassen, indem man sie als durchlaufende Posten behandelt habe.

In den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit (bis gegen das 3. Jahrhundert) sei die Litteralobligation außer Gebrauch gekommen. Die Bücher hätten sich, freilich ohne den strengen civilen Charakter der nomina, nur noch bei den Argentarien erhalten und seien schließlich auch bei diesen außer Gebrauch gekommen. (Pseudo-Ascon. ad Verr. I. 23.)

Ueber das Alter des Litteralcontracts hat sich jetzt auch, wie mir scheint völlig überzeugend, Voigt, Ius nat. II. S. 244 ff. dafür ausgesprochen, daß er sich erst ziemlich spät im römischen Rechtsverkehr ausgebildet habe. Während ausnahmslos das Criterium aller Formalgeschäfte des älteren römischen Rechts die solenne Rede gewesen sei, sei dieß beim Litteralcontract anders. Die Form des Litteralcontracts lasse ihn unverkennbar als eine Form des Handelsverkehrs und Banquiersgeschäfts erscheinen, die erst allmählich in den größeren bürgerlichen Verkehr Eingang fand. Die codices accepti et expensi hätten anfänglich nur bei dem Handelsstande und zum Zwecke der kaufmännischen Buchführung Eingang gewinnen können. Erst von hier aus fände sich deren Anwendung als Geschäftsbuch für den Verkehr des bürgerlichen Lebens und als Kassabuch eines jeden bonus paterfamilias. Alles weise darauf hin, daß er nicht vor dem 5. Jahrhundert nach Rom gekommen, aber schon vor dem 6. Jahrhundert in Rom Aufnahme gefunden habe (S. 596), denn schon im J. 559 werde bei Liv. XXXV. 7. der Litteralcontract als eine Geschäftsform des gemeinen bürgerlichen Verkehrs gefunden. Das ganze Institut des Argentarienwesens sei aber aus Griechenland über Campanien nach Rom gekommen und sei dann dort zum Litteralcontract umgestaltet worden. Mit Ausgang der Republik habe sich der Litteralcontract in Rom schon überlebt

gehabt, sei in der ersten Kaiserzeit verschwunden und habe dann nur noch bei den Argentarien sein Leben gefristet. (S. 420.)

**e)** Der Verkehr der argentarii. — Sigonius, de ant. iure civ. Rom. L. II. c. 11. Hubert, De argentariis veterum in Oelrich, Thes. diss. iurid. Vol. II. Kraut, De argentariis et nummulariis comment. Gött. 1826. Pauly, Realencyclopädie I. S. 1513 ff. Becker-Marquardt III. 2. S. 53 ff. Dernburg, Gesch. u. Theorie der Compensation. 1868. S. 22 ff.

Die Wechselgeschäfte des Staates waren die ältesten und wurden mittelst der Staatsbank (mensa publica) durch die mensarii besorgt, die namentlich die Münzen probirten und für sichere Unterbringung der Staatsgelder zu sorgen hatten, während die nummularii. vom Staate angestellt, die Münzen in der Münze probirten. (Orelli-Henzen 3226. „nummularii officinarum argentariarum familiae monetariae.") Die Privatbanquiers waren die argentarii [fr. 32. D. de contr. empt. (18, 1.) Liv. XL. 51.] Sie besorgten den Geldverkehr in den verschiedensten Geschäften, sie leisteten Zahlungen (Plaut. Curc. V. 2, 20.), wechselten gegen ein Agio (collybus) fremde gegen einheimische Münzsorten (Cic. ad Att. XII. 6), sie nahmen Gelddepositen in Verwahrung [fr. 7. § 2. D. depos. (16, 3). fr. 15. § 11. D. de re iud. (42, 1.) fr. 24. § 2. D. de reb. auct. (42, 5.) Plaut. Curc. II. 3, 66. III. 66.], leisteten im Namen ihrer Deponenten Zahlung (per mensam, de mensa, per mensae scripturam), stellten Auctionen an [fr. 18. pr. D. de H. P. (5, 3.) fr. 88. D. de solut. (46, 3.) Cic. pro Caec. 6. **1210.** Quinct. Inst. XI. 2, 24. „Et forsitan hoc sunt adiuti, qui, auctione dimissa, quid cuique vendidisset, testibus argentariorum tabulis reddiderunt"], eröffneten ihren Geschäftsfreunden Credit (Plaut. Curc. V. 1, 19.) und dergl. — Zu ihrem Geschäftsbetriebe bedienten sie sich zweier Arten von Büchern: 1) eines einfachen Journals (adversaria), in welchem chronologisch der ganze Verkehr in seiner Mannichfaltigkeit eingetragen wurde, daher auch ephemerides genannt. (Propert. III. 23, 20.); — 2) des liber rationum s. rationes, in welchem die Contos der einzelnen Geschäftsfreunde eingetragen waren, ein Contocurrentbuch, daher auch ratio das einzelne Conto Jemandes bezeichnet. [fr. 46. § 5. D. de administr. (26, 7.) fr. 4. pr. § 1. fr. 6. § 6. D. de edendo (2, 13). Edicta Iust. de argentar. contract. Ed. IX. cap. 2. § 1. 2. Heimbach, Creditum S. 537. bes. S. 610 ff.] **1211.** fr. 47. § 1. D. eod. (2, 14.) „Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat, propter accepta et data, debitorem sibi constituit. — Respondi: si tantum ratio accepti et expensi esset computata, ceteras obligationes manere in sua causa." Für jeden Geschäftsfreund war dieses Contocurrent besonders angelegt, mit genauer Angabe der Zeit (dies et consul) des einzelnen Postens, wann er deponirt, als Darlehn oder auf Credit gegeben war. [fr. 4. § 1. D. de edendo (2, 13.) und fr. 6. § 6. D. eod.] **1212.** fr. 6. § 3. D. eod. (2, 13.) „Rationem autem esse Labeo ait ultro citroque dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem." Auch diese Bücher hatten zwei Folia, das des acceptum und das des relatum. (Daß die Argentarien neben diesen Contocurrentbüchern auch Cassabücher hatten, versteht sich von selbst.) Der argentarius mußte von Zeit zu Zeit seinem Geschäftsfreunde Rechnung ablegen (rationem reddere s. referre), worauf sich dann beide Theile berechneten (dispunctio, dispungere) fr. 56. pr. D. de V. S. (50, 16.) und wenn die Rechnung richtig gefunden, wurde dieß durch Namensunterschrift (subscriptio) angezeigt. Wird dann der Ueberschuß, der Saldo (reliquum), gleich baar bezahlt, so wird das Conto durchstrichen (expungere). fr. 13. § 1. D. de div. temp. (44, 3.) Der größte Theil des Geldverkehrs wurde durch diese Argentarien vermittelt, namentlich Zahlungen durch schriftliche Anweisung (perscriptio, Ordre) an den argentarius Plaut. Curc. III. 62—65, und dieses Zahlen durch den Banquier hieß ab aliquo solvere, ab aliquo dare. (Plaut.

Curc. V. 2, 20. Id. Captiv. II. 3, 89). — Die Argentarien hatten die Pflicht ihre Handelsbücher in Prozessen zu ediren, weil ihr Geschäft im Interesse des Publicums ist und sie die Pflicht haben genau Buch und Rechnung zu führen. [fr. 10. § 1. D. de edendo (2, 13.)] Für die Argentarien selbst beweisen ihre rationes nichts, sie können nur gebraucht werden, wenn sie zu Gunsten dritter oder zum Nachtheil des argentarius sprechen. In diesen Fällen haben die Argentarien die Pflicht ihre Bücher zu ediren, die dann aber nicht weiter beweisen, als andere Urkunden. (Heimbach, Credit. S. 618 ff.)

Diese Argentarien bildeten Societäten, bei denen die socii solidarisch hafteten, gewissermaßen die Firma haftete. [fr. 9. pr. fr. 25. pr. fr. 27. pr. D. de pact. (2, 14.)] Die Klage des argentarius auf seinen Saldo mußte cum compensatione angestellt werden (Gai. IV. 64.), d. h. er muß seine Forderungen und die Gegenforderungen bis auf das Minimum (nummus unus) genau angeben, so daß der Richter nur zu untersuchen hatte, ob der Saldo die angegebene Höhe habe oder nicht. (Dernburg, Compens. S. 24 ff.); wegen der geringsten Zuvielforderung mußte der Richter absolviren, und der ganze Proceß war verloren. (Gai. IV. 68.)

Unter Justinian wurden der Innung der Argentarien mannichfache Privilegien gegeben. Ed. Iust. VII. Forma pragmatica de argentariorum contractibus und Ed. Iustin. IX.

f) Syngrapha (Συγγραφή) und chirographum (Χειρόγραφον). — Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts. Berl. 1845. S. 321 ff. Heimbach, Creditum S. 498 ff. Schlesinger, die Lehre von den Formalcontracten S. 70—72. — Walter § 606—608. Rein S. 694 ff. Schilling, Institt. § 285. S. 319. Puchta III. § 274. Hugo S. 626. Die gewöhnliche Ansicht über diese Vertragsform ist die, daß dieselbe ein den Peregrinen eigenthümlicher Litteralcontract gewesen sei, welcher über eine mögliche Weise auch nur angebliche Schuld zweiseitig ausgestellt worden wäre. Den Beweis für diese Annahme findet man in Gai. III. 134. „Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.“ Pseudo-Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1, 36. (Siehe oben N. 1204). Aus der Pergamenthandschrift eines Wörterbuchs aus dem 13. Jahrhundert hat Heimbach (Creditum S. 520.) folgende unter dem Buchstaben G befindliche Stelle abgedruckt: **1213**. Graphium, stilus quo scribitur in cera. — Hic syngraphus, haec syngrapha, hoc syngraphum. Nota, quod chirographus et syngraphus saepe accipitur indifferenter. Differunt tamen proprietate, quod chirographus dicitur conscriptio manuum seu cautio, quae fit propria manu debitoris et committitur creditori; syngraphus dicitur conscriptio in duorum scilicet scripto. Antiquitus enim creditor et debitor insimul in ligno vel in charta scribebant et nomen debitoris et nomen creditoris et testes et summam pecuniae; et in medio hoc sibi syngraphum capitalibus locis et per medium dividebant. Postea si creditor plus exigeret, quam deberet, vel si debitor denegaret depositum, uterque afferebat partem, quam habebat, ut duae partes convenirent, et id propterea syngraphum dictum est. Syngraphus et dicitur nomen aliquod vel scriptura in re aliqua confirmanda scripta. Sic in cartis publicis omnino non unus tantum scribit, sed plures ad confirmationem cartae.“ (Hierzu Heimbach, Creditum S. 527.)

Gegen diese bisher gebräuchliche Auffassungsweise des Wesens der syngraphae hat sich erklärt Gneist a. a. O. S. 113 ff. Bei seinen Untersuchungen läßt Gneist zuvörderst die beiden oben abgedruckten Stellen ganz außer Betrachtung, indem er vor Allem den Beweis führt, daß bei den Griechen der Name συγγραφή keineswegs eine besondere Art von Vertragsurkunden mit einer eigenthümlichen Form bezeichnet habe, indem der Ausdruck συνθήκη, συμβόλαιον und dergl. sehr häufig mit συγγραφή ganz gleichbedeutend gebraucht werde. Gewöhnlich sei es dabei gewesen, die Urkunden zu versiegeln und einem Dritten anzuver-

trauen. Erst in späterer Zeit habe sich auch das Wort Χειρόγραφον, besonders in der latinisirten Form von chirographum für „Schuldschein“ gebildet, ohne daß aber ein innerer Unterschied zwischen syngraphae und chirographum gegeben gewesen sei. Beide bezeichneten bei den Römern nur eine formlose Vertragsurkunde, einen Schuldschein, bei dem es gleichgültig war, ob Zeugen dabei zugezogen waren oder nicht, so wie auch der Umstand nicht in Betracht kam, ob sie versiegelt oder unversiegelt waren. Die Römer fanden dann nach Gneist's Ansicht bei den Griechen und Aegyptern den Grundsatz vor, daß einfache Schuldscheine zur Klagbarkeit genügten. (Gai. III. 134.) Besonders auffallend war dieser Gegensatz gegen das römische Recht bei dem foenus, indem theils in frühester Zeit der Zinsfuß nach griechischer Sitte unbeschränkt war, theils aber auch die Zinsen durch einfache Schuldurkunden (syngraphae) verabredet wurden, wozu die Römer einer Stipulation bedurften. Zugleich aber sei auch der Schuldner durch Schuldscheine über eine non numerata pecunia gebunden gewesen, wenn er nicht den Beweis der Nichtzahlung übernehmen wollte, so daß also aus jeder Vertragsurkunde in den griechischen Provinzen, ohne Rücksicht auf eine besondere Form, geklagt werden konnte. Dieses Provinzialrecht, daß aus jeder formlosen Schrift über einen Vertrag geklagt werden konnte, wich schließlich den Grundsätzen des römischen Rechts. — Halte man nun diese Sätze fest und berücksichtige zugleich den Umstand, daß der Pseudo-Asconius frühestens in das vierte Jahrhundert zu setzen sei, so erkläre sich auch dessen Unterscheidung in der obigen Stelle zwischen syngrapha und chirographum sehr einfach dadurch, daß man annimmt, Pseudo-Asconius habe die in der historischen Entwickelung liegende Verschiedenheit an die Ausdrücke syngrapha und chirographum angeknüpft. Zu Cicero's Zeit nannte man nämlich Darlehnsschuldscheine syngraphae, da der Name chirographum in dieser Bedeutung erst nach Cicero gebräuchlich wurde (Gneist a. a. O. S. 331.), so wie auch zu Cicero's Zeit die Urkunden noch versiegelt und einem Dritten anvertraut wurden. Zur Zeit des Pseudo-Asconius dagegen, wo schon der Ausdruck syngrapha fast außer Gebrauch gekommen, wurde nicht mehr versiegelt, sondern der Schuldschein dem Gläubiger übergeben, und endlich war zur Zeit des Pseudo-Asconius durch die exceptio non numeratae pecuniae alle Gefahr verschwunden, aus einem Schuldscheine über eine non numerata pecunia gebunden zu sein. So ist denn das Resultat Gneist's in dieser Beziehung ganz im Einklange mit der obigen Stelle des Gaius.

Heimbach (Creditum S. 498 ff.) geht von dem Satze aus, daß syngraphae und chirographa unter Peregrinen ein creditum und eine Klage daraus erzeugt hätten, da bei ihnen jeder Vertrag, wenn er auch im Sinne der Römer ein pactum nudum gewesen wäre, eine Klage erzeugte. [fr. 84. § 1. D. de R. I. (50, 17.) Paull. II. 14. § 1.] Hieraus ergebe sich, daß das obligatorische Moment der syngrapha und der daraus entstehenden litterarum obligatio für die Peregrinen lediglich in dem verschriebenen Pactum von dem Eintritt der obligatorischen Numeration ganz unabhängig erscheine. Aus Cic. pro Rabirio Post. 3. Id. de haruspicum responsis 13. erklärten sich die Eigenthümlichkeiten der syngraphae, nämlich daß für Peregrinen ein debere ex syngrapha angenommen werde (Cic. Phil. II. 37. Id. ad Att. VI. 1.) und daß von einem ius dicere des römischen Magistrats ex syngrapha gegen den Aussteller die Rede sei. (Cic. ad Att. V. 21. VI. 2.) Die Form der syngraphae habe sich dadurch von den chirographa unterschieden, daß bei ersterem beide Theile beim Schreiben der Urkunde hätten thätig sein müssen, der Gläubiger oder ein von ihm dazu Beauftragter habe die eigentliche lex contractus geschrieben und der Schuldner das Versprechen der Zahlung. Von dieser Urkunde seien dann regelmäßig zwei gleichlautende Exemplare ausgestellt, von denen das eine dem Gläubiger, das andere dem Schuldner zur Aufbewahrung zufiel. Das chirographum dagegen sei eine einseitig ausgestellte Schuldverschreibung gewesen. Im Wesentlichen sei aber die Wirkung beider als Litteralobligation des Peregrinen-

rechts gleich gewesen, der Schuldner schulde, weil er geschrieben habe, immer die Einwilligung beider Theile vorausgesetzt.

In der Zeit nach der classischen Jurisprudenz werde die syngrapha nicht mehr erwähnt. In den griechischen Novellen Justinians werde sie zwar wieder erwähnt, aber nur in der Bedeutung von Vertragsinstrument. (Heimbach a. a. O. S. 535 ff.)

**g)** Die Justinianeische litterarum obligatio. 1) Die querela u. exceptio non numeratae pecuniae. — Walter § 607. Unterholzner, Schuldverhältn. Bd. I. S. 72. Ders. Arch. für civ. Praxis Bd. VII. S. 1 ff. Rein S. 697 ff. Gneist a. a. O. S. 180—189. S. 233 ff. Heimbach, Creditum S. 633 ff. Schlesinger, Formalcontracte S. 30—63. Girtanner, die Stipulation S. 289 ff. War bei der Darlehnsstipulation die beabsichtigte numeratio unterblieben, d. h. war eine Summe promittirt in der Voraussetzung, daß sie credendi causa gezahlt werden würde, so kann sich der Promittent, wenn er die Darlehnssumme nicht erhalten hatte, gegen die actio ex stipulatu mit der exc. doli schützen. (Gai. IV. 116.) Lag über einen Schuldvertrag eine Urkunde (cautio, chirographum) vor, in welcher der Empfang einer Summe bekannt war, so sollte der Schuldner den daraus entnommenen Beweis, daß die Summe wirklich ausgezahlt sei, bestreiten dürfen und anderweitigen Beweis verlangen können. (Exceptio non numeratae pecuniae.) c. 4. C. h. t. (4, 30.) c. 4. C. de cond. ex lege (4, 9.) Seit dem 3. Jahrhundert war durch kaiserliche Constitutionen bestimmt, daß anfänglich die exc. non numeratae pecuniae nur innerhalb eines Jahres nach Ausstellung der Urkunde geltend gemacht werden dürfe. Diocletian verlängerte diese Zeit auf 5 Jahre. **1214.** c. 1. C. Hermogen. (I.) „Ex cautione non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus.“ — Nach c. 1. C. Th. si certum pet. (4, 27.), von Honorius und Theodosius II, soll, wenn der Aussteller der Urkunde gestorben ist, der Inhaber derselben gegen die Erben des Ausstellers inter praesentes in zwei, inter absentes in fünf Jahren klagen müssen, später solle die Urkunde ihre Gültigkeit verloren haben und daraus nicht geklagt werden dürfen (actione privetur). Immer aber hat auch in dieser Frist der Gläubiger den Erben gegenüber die causa debendi und die erfolgte Zahlung zu beweisen. (Gothofr. ad h. l. Tom. I. p. 247.) In c. 14. C. de non num. pec. (4, 30.) hat Justinian die Vorschriften der c. 1. C. Th. cit. aufgehoben und die Verjährungszeit der exc. n. n. p. auf zwei Jahre herabgesetzt. — Nach Bekker (Aktionen I. S. 382 ff.) ist die querela ein Angriffsmittel, von dem der Berechtigte beliebig Gebrauch machen kann gegen die cautio, welche die Erklärung enthält, pecuniam numeratam esse. Diese Querel war nach Bekker ursprünglich kein singuläres Institut, allmählich hörte sie aber auf ein Streit zu sein und wurde ein Declarativverfahren. Ihre Form ist nach c. 14. § 4. C. de non num. pec. (4, 30.) die einer Erklärung an den Gegner in der Form der denunciatio, oder als einseitige Beschwerde zu Protokoll, wenn der Gegner abwesend oder die denunciatio an ihn schwierig ist. Die noch nicht verjährte Querel kann aber formlos noch in jedem Proceßsatz ausgeführt werden und gilt dann als für alle Zeit geschehen. Die Wirkung der Querel ist die Begründung der exc. non num. pecuniae, durch deren Vorschützung man dann den assertorischen Theil des Schuldscheins zerstört. Der Querulant muß beweisen, daß seit der Ausstellung der cautio die Verjährungsfrist nicht abgelaufen sei, da er dieses Rechtsmittel eben nur für eine bestimmte Zeit hat, also auch beweisen muß, daß sie noch vorhanden ist. Das Recht zur Querel erlischt in gewissen Zeitfristen, wenn der Schuldner die Schuld anerkennt, Zinsen oder einen Theil des Capitals zahlt. (c. 4. 14. pr. § 2. C. h. t. (4, 30.) c. 3. C. de dote cauta (5, 15.) Nov. 100.) Ist die Querel erloschen, so giebt der Schein unumstößlichen Beweis der darin behaupteten Sachleistungen. — Neben der Querel wider Schuldscheine besteht die condictio der Forderung und die exc. doli, kommen aber dabei thatsächliche Behauptungen in Frage, auf welche sich die Querel bezieht, so kommen die bei dieser geltenden Grundsätze zur Anwendung.

2) Die s. g. litterarum obligatio des Justinianeischen Rechts. — Gneist a. a. O. S. 89 ff. Schlesinger a. a. O. S. 67 ff. Heimbach a. a. O. S. 669 ff. Schilling, Institt. II. S. 329 ff. Brinz, Pand. I. S. 421 ff. **1215.** tit. I. de litterarum oblig. (3, 21.) „Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus constitutionibus *(c. un. C. Th. II. 7.)* usque ad quinquennium procedebat; sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram *(c. 14. C. 4, 30)* tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.“ **1216.** Theoph. ad h. tit. „Σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔστιν ἐν χρήσει· ἔστι δὲ εὑρεῖν, εἴ τις ἀκριβέστερον κατανοήσει, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν litteris ἐνοχὴν καθ' ἕτερον σχῆμα. Εἰ γάρ τις βουλόμενος δανείσασθαι παρ' ἐμοῦ, διαλεχθῇ μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτὸν ποιῆσαί μοι γραμματεῖον, καὶ δὴ καθ' ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι Ἐδανεισάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε, καὶ ταῦτα ἐποφείλω· ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη, ἤγουν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος ἦν, διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος. Ἐνταῦθα χρόνου παραδραμόντος πολλοῦ ζητεῖται, εἰ δυνατὸν ἐνάγεσθαι τὸν τὸ εἰρημένον ἐκθέμενον γραμματεῖον; καὶ λέγομεν ὅτι οὐδὲ ἀπὸ τῆς re δυνατὸν εναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον, οὐ γὰρ γέγονεν ἀπαρίθμησις, οὐδὲ ἀπὸ τῆς verbis, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις· λείπεται οὖν ἀπὸ μόνων τῶν γραμμάτων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι· καὶ ἰδού, ποτὲ καὶ σήμερον γίνεταί τις ἔνοχος τῇ litteris.“ [Reitz: Sed haec hodie non sunt in usu. Invenire tamen licet, si quis curatius consideret, et hodie litterarum obligationem usurpari sub alia forma. Nam si quis a me mutuari cupiens, ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim ut mihi cautionem scriberet, atque [is] solus me non praesente cautionem scripserit, in qua dicat: „Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo“, sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore. Hinc multo elapso tempore quaeritur, an conveniri possit, qui dictam cautionem emisit? et dicimus, neque ex [obligatione] re [contracta] hanc personam conveniri posse, neque enim numeratio facta est; neque ex verborum [obligatione], quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta est, aut nec [ulla] omnino facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.]

Daß trotz der Benennung „litterarum obligatio“ hier in Wahrheit keine eigentliche Litteralobligation vorliegt, ist nach Gneist's und Schlesinger's Ausführungen wohl nicht zu bezweifeln. Der Gedanke der Justinianeischen Bestimmung ist am klarsten von Gneist (S. 89) dahin ausgesprochen: „Nach Ablauf der gesetzlichen Frist tritt mit dem Wegfallen der querela non numeratae pecuniae die eigenthümliche Wirkung ein, daß der Schuldschein unwiderleglichen Beweis macht, und der Schuldner mit seiner Anführung, Valuta nicht empfangen zu haben, gar nicht mehr, d. h. auch dann nicht gehört wird, wenn er sich zum Beweis der Nichtzahlung erbietet.“ Es bezeichnet eben in Justinians Sinne „litterarum obligatio“, wie Schlesinger (S. 76) es sehr gut ausdrückt, „eine Obligation, für welche ein schriftliches Bekenntniß vorhanden ist“, denn in ganz ähnlicher Weise werde schon zur Zeit der classischen Jurisprudenz von einem „convenire ex chirographo“ gesprochen, ohne daß entfernt dabei an einen Litteralcontract gedacht sei. Es werde eben das chirographum, die epistola, das instrumentum, nur als das Beweismittel gedacht, welches die ganze Klage hält, wie sogar in fr. 57. pr. D. de admin. (26, 7) von einem ex inventario convenire

gesprochen werde. Es wäre, wie Savigny (System. V. S. 531) sagt, eine eben so gezwungene als unfruchtbare Ansicht, wenn man, von jener Verjährung der querela non numeratae pecuniae an, die alte condictio (aus dem Darlehn) als untergegangen, und eine neue (aus der Schrift) als an ihre Stelle tretend ansehen wolle. Das Neue betreffe nicht die Natur der Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur den Beweis streitiger Thatsachen.

## IV. Das Hervortreten der materiellen causa der Verträge.

### § 152.

### 1. Die Realcontracte.*)

1) Die geschichtliche Entwickelung derselben.[a]) 2) Die einzelnen Realcontracte. — a) Die s. g. benannten Realcontracte.[b]) — b) Die s. g. unbenannten Realcontracte. [c])

*) Schweppe § 308. Walter § 603. Rein S. 624 ff. Puchta III. § 272. Kuntze I. § 672—679.

---

**a**) Die geschichtliche Entwickelung der Realcontracte. — Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte. 1871. S. 31—95. Bekker, Aktionen. S. 112 ff. S. 306—311. Voigt, Ius nat. III. S. 324. Not. 485. (S. oben § 139.) Demelius, Zeitschrift für Rechtsgesch. II. S. 216 ff.

**b**) 1. Die actio fiduciae als Aushülfe. — (Bd. I. § 134.) Bekker, Aktionen I. S. 124 ff. „Das pactum fiduciae ist nichts anderes als eine lex dationis". Pernice, Krit. Vierteljahrschr. X. S. 55 ff. — Walter § 603. Voigt, Ius nat. III. S. 321 in der Anm.

2. Commodatum. — **1217**. fr. 1. pr. D. commodati (XIII. 6.) „Ait Praetor: Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo." fr. 1. § 1. D. eod. „Huius edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecerit mentionem...." Keller, Institt. S. 115. — Nach Voigt, Ius nat. III. S. 319. Not. 478 sind depositum, commodatum und pignus erst nach 710 u. c. zu Contracten erhoben worden.

3. Depositum. — **1218**. fr. 1. § 1. D. depositi (XVI. 3.) „Praetor ait: Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii caussa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo." — Coll. X. 7. § 11.

4. Contractus pignoraticius. — Ueber die spätere Entstehung des pignus vergl. § 7. I. de actt. (IV. 6.) fr. 17. § 2. D. de pactis (II. 14.) und über die Uebertragung der Grundsätze der fiducia bei der mancipatio auf die bloße traditio beim pignus fr. 4. 8. § 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) Liebe a. a. O. S. 73.

5. Mutuum. — Bekker, Aktionen I. S. 27—29. Voigt, Ius nat. II. S. 646. Demelius a. a. O. II. S. 217. — Nach Demelius und Bekker ist ursprünglich das mutuum als Freundesdarlehn nur auf kurze Zeit genommen und unverzinslich, also eine freundliche Aushülfe unter sich nahe Stehenden, im Gegensatze zum fenus, fenore sumere, das mit Danisten und Trapeziten eingegangen wird.

6. Fenus. — a) Begriff. **1219**. Gell. XVI. 12. „Fenerator enim uti

M. Varro in libro III. de sermone Latino scripsit, a fenore est nominatus; fenus autem dictum a fetu, et quasi a fetura quadam pecuniae parientis, atque increscentis." **1220**. Plaut. Asin. I. 3. v. 93. „Supplicabo, exopsecrabo, ut quemque amicum videro; |Dignos, indignos adire atque experiri stat mihi:| Nam si mutuas non potero, certumst sumam fenore." Non Marcell. V. 70. „Mutuum a foenore hoc distat, quod mutuum sine usuris, foenus cum usuris sumitur, et est accepti foetus: unde et foenus dictum est, ut Graece τόκος, quasi partus mutui sumpti." — b) Klagbarkeit. **1221**. Paull. II. 14. § 1. „Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur." fr. 126. § 2. D. de V. O. (XLV. 1.) — c) Versuram facere. — Versura anfänglich das Zuschlagen der jährlichen Zinsen zum Capitale und Umschreiben des Capitals für das folgende Jahr. — Versuram facere, solvere die alte Schuld durch eine neue Anleihe decken. Becker-Marquardt III. 2. S. 52. — d) Zinsfuß: Usurae. — Hugo S. 293 ff. Walter § 609. v. Savigny, Verm. Schriften I. S. 386 ff. Niebuhr, R. G. Bd. III. S. 61 folgg. v. Sell, Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeitung des röm. Rechts. Bd. I. S. 15 folgg. Keller, Institt. S. 79 ff. Huschke, Nexum S. 96 ff. Rein S. 628—643. Streuber, der Zinsfuß bei den Römern. Basel 1857. (Entscheidet sich für die Ansicht, daß das unciarium fenus $8^{1}/_{3}$ Procent jährlich betragen habe.)

Es versteht sich dem Begriffe der Zinsen gemäß von selbst, daß ihre Höhe in Bruchtheilen ausgedrückt werden mußte. Die Römer theilten ihre Einheit (as) in zwölf Theile und zwar in folgender Weise: Uncia = $^{1}/_{12}$, Sextans = $^{2}/_{12}$, Quadrans = $^{3}/_{12}$, Triens = $^{4}/_{12}$, Quincunx = $^{5}/_{12}$, Semis = $^{6}/_{12}$, Septunx = $^{7}/_{12}$, Bes = $^{8}/_{12}$, Dodrans = $^{9}/_{12}$, Dextans = $^{10}/_{12}$, Deunx = $^{11}/_{12}$, As = $^{12}/_{12}$. In diesen Bruchtheilen wurden daher auch die Zinsen berechnet. Es entstand hiebei rücksichtlich der Notizen über die Höhe der Zinsen die Frage, von welcher Einheit (as) die Bruchtheile (unciae) zu berechnen waren. Seit Niebuhr kann man es wohl als allgemein angenommen betrachten, daß die Einheit, von welcher die uncia in erster Zeit als die erlaubte Zinshöhe (unciarium fenus) galt, das Capital selbst war, und uncia der Bruchtheil des Capitals, welcher für ein Jahr als Zins zu leisten war. Eine Begränzung, welche den zwölf Tafeln zugeschrieben wird. **1222**. Tac. Ann. VI. 16. „Primo decem tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur: dein rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita versura, multisque plebis scitis obviam itum fraudibus quae totiens repressae miras per artes rursum oriebantur."

Der Zinsfuß hätte hiernach für das alte cyklische zehnmonatliche Jahr $8^{1}/_{3}$ Procent betragen; für das bürgerliche Jahr von 12 Monaten wäre dann, wie auch Niebuhr (a. a. O. Bd. III. S. 67) annimmt, der Unzialzins 10 Procent gewesen, und daher semuncia 5 Procent. Walter (§ 609. Not. 87) will diese Erhöhung bei den zwölfmonatlichen Jahren nicht gelten lassen, weil die zwölf Tafeln schwerlich mehr nach dem alten cyklischen Jahre gerechnet hätten. Dagegen spricht aber theils die anerkannte Fortdauer dieser Berechnungsweise bei mehreren andern Rechtsverhältnissen (Niebuhr a. a. O. Bd. I. S. 315. Huschke, Verfassung des Serv. Tullius. S. 307 folgg.), theils aber sprechen dafür die immer erneuerten Klagen über die unmäßige Höhe des Zinsfußes, welche für das zwölfmonatliche Jahr zu $8^{1}/_{3}$ Procent angenommen, wohl kaum genügende Veranlassung in Vergleichung zu der früheren Höhe gegeben hätte. Daß aber auch die zwölf Tafeln noch eine Bestimmung treffen konnten, bei welcher das zehn monatliche Jahr zu Grunde gelegt war, läßt sich recht wohl annehmen, wenn man den Gebrauch dieser Jahresfrist als im gemeinen Leben bei Darlehen gewöhnlich gelten läßt. Dieß Alles zusammengenommen gibt dann aber allerdings der Stelle bei Festus s. v. „Unciaria lex dici coepta est, quam L. Sulla et Q. Pompejus tulerant, qua sanctum est, ut debitores decimam partem" . . . (wie Niebuhr

dann weiter ergänzt:) sortis annuis usuris penderent, eine sehr einfache Beziehung auf das zwölfmonatliche Jahr und die damit verbundene Anwendung des alten Zinsfußes.

Diese Norm des Unzialzinsfußes wurde höchst wahrscheinlich durch uns unbekannte Ereignisse bei Seite gesetzt, so daß die erneuerten Klagen der plebejischen Schuldner zu sehr verschiedenen Vorschlägen Veranlassung gaben. Die bedeutendste, freilich aber nur vorübergehende und für die Gegenwart berechnete Abhülfe wurde im J. 387 u. c. durch die Tribunen L. Licinius Stolo und L. Sextius durchgesetzt, indem durch ein Gesetz (Lex Licinia Sextia) bestimmt wurde, daß die gezahlten Zinsen das Capital selbst kürzen sollten. 1223. Liv. VI. 35. „... ut, deducto eo de capite, quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset, triennio aequis portionibus persolveretur.“

Im J. 397 u. c. kam man von Neuem auf eine Schranke des Zinsfußes selbst und zwar auf die alte des unciarium fenus durch die Lex Duilia Maenia zurück. (Liv. VII. 16.) Nachdem diese Höhe des Zinsfußes neue Uebelstände erzeugt hatte, ergriff man abermals erst ein nur momentan wirkendes Mittel, indem man im J. 403 eine Commission von 5 Männern (quinqueviri mensarii) einsetzte, welche den baare Zahlung zu leisten unfähigen Schuldnern auf doppelte Weise half. Wer nämlich von diesen Schuldnern dem Staate durch Bürgen Sicherheit zu leisten im Stande war, erhielt Vorschuß aus dem Staatsärar, wer dagegen Eigenthum abtreten wollte, dessen Eigenthum schätzte die Commission und übergab es dem Gläubiger an Zahlungs Statt. (Liv. VII. 21. Niebuhr a. a. O. Bd. III. S. 70.) Vier Jahre später (407 u. c.) wurde nicht allein für die Rückzahlung des Capitals eine Terminzahlung angeordnet, sondern auch das unciarium fenus auf ein semunciarium (auf 5 Prozent) herabgesetzt. (Liv. VII. 27. Tac. Ann. VI. 16.) Im Jahre 412 u. c., erzählt endlich Livius (VII. 42.), sei überhaupt, wie er an einigen Orten erwähnt finde, das Zinsennehmen durch eine lex Genucia gänzlich abgeschafft worden. Diese seltsame Bestimmung bestätigt nun freilich auch Tacitus in der oben abgedruckten Stelle und außerdem Appian (de bell. civ. I. 54.). Es liegt aber in der Natur der Sache, daß eine solche Hemmung, ja man könnte fast sagen gänzliche Aufhebung alles Geldverkehres in sich selbst die factische Umgehung tragen mußte, so daß endlich diese Schranke auch rechtlich nicht mehr beachtet wurde. Wann aber dieser Zeitpunkt eingetreten, läßt sich nicht angeben, wohl aber muß dieß geschehen sein schon vor der lex Sempronia (560 u. c.). Da nämlich die socii an die römischen Gesetze nicht gebunden waren, so wird erzählt, (1224. Liv. XXXV. 7. „Instabat enim cura alia, quod civitas fenore laborabat: et quum multis fenebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent. Ita libero fenore obruebant debitores.“) daß man die leges fenebres dadurch umgangen habe, daß römische Bürger unter dem Namen der Bundesgenossen Capitalien auslieben, ohne irgend eine Beschränkung des Zinsfußes, und daß aus diesem Grunde die lex Sempronia bestimmt habe: ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae ius idem, quod cum civibus Romanis, esset. (Liv. XXXV. 7.) Dieses Plebiscit scheint aber nun klar darauf hinzudeuten, daß schon vor demselben die Verordnung der lex Genucia auch rechtlich aufgehoben gewesen sei und auf irgend eine Weise das alte Recht wieder in Gebrauch gekommen war. Theils nämlich wird der Grund des Gesetzes darein gesetzt, daß „libero fenore“ die Schuldner zu Grunde gerichtet würden, während, wenn die lex Genucia noch in Geltung gewesen wäre, überhaupt schon im fenus das Ungesetzliche, selbst im mäßigsten Zinsennehmen, gelegen hätte, theils aber die Ausdehnung des römischen Gesetzes auf die socii selbst. Ein Gesetz aber, wie die lex Genucia war, anderthalb Jahrhunderte später noch auszudehnen auf die socii, scheint mir geradezu unmöglich. Daß die lex Genucia in den Stürmen der Parteikämpfe durchgesetzt wurde, ist vielleicht erklärlich, aber deren Wiederholung nach so langer Zeit würde ans Fabelhafte gränzen.

Gegen das Ende der Republik änderte sich aber auch der Gebrauch, sowohl auf Jahre

auszuleihen, als auch die Berechnung des Zinsfußes nach einer jährlichen Summe, indem man die Zinsen monatlich berechnete. Ueber den Anfang dieser Veränderung der Zinsberechnung sind wir gänzlich im Dunkeln, obgleich es mir nicht unwahrscheinlich vorkommt, daß dieses in die Zeit fallen mag, in welcher das zehnmonatliche Jahr auch in den Berechnungen des gewöhnlichen Lebens gänzlich verschwunden ist. Es wurde also jetzt der Zinsfuß als die Quote des Capitals angegeben, welche man monatlich zu entrichten hatte, und der gewöhnliche war monatlich auf 1/100 (centesima), also auf 12 Procent gestiegen (Dio Cass. LI. 21. Colum. de re rust. III. 3.), welche regelmäßig an den Kalenden jedes Monats vom Schuldner gezahlt werden mußten. Bei geringeren Zinsen wurden sie dann wieder als Bruchtheile der centesima oder der uncia bezeichnet, so z. B. usurae deunces waren 11/12 der uncia monatlich oder 11 Procent, usurae semisses sind gleich 6/12 der uncia oder centesima monatlich oder 6 Procent jährlich, usurae quincunces 5/12 einer uncia monatlich oder 5 Procent jährlich, usurae unciariae s. unciae 1/12 der uncia monatlich oder 1 Procent jährlich. [Pers. Sat. V. 149 ss. Cic. ad Attic. IV. 15. Heinecc. Antiquitt. III. 15. § 19—29.] Zinsen über die centesima hinaus, welche nicht selten wucherlich bedungen wurden, waren in der Regel Verdoppelung, Verdreifachung ꝛc. der centesima, so z. B. binae centesimae. triplex usura und dergl. [Cic. in Verr. III. 71. ad Attic. V. 21. Juven. Satyr. IX. 6 ss. Paull. II. 14. § 2. 4.]

Für Darlehen anderer fungibler Sachen als Geld, z. B. Getreide, Wein ꝛc., galten jene Zinsbeschränkungen nicht, und wahrscheinlich zuerst durch Constantin im J. 325. wurde auch hierfür eine Gränze der Zinsen festgesetzt, nämlich 50 Procent. **1225**. c. 1. C. Th. de usuris. (II. 33.) „Quicunque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluam consequantur, id est ut, si summa crediti duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quodsi conventus creditor propter commodum usurarum debitum recipere noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.“

Endlich stellte Justinian in seiner c. 26. §. 1. C. de usuris (IV. 32.) als allgemeine Norm die dimidia centesimae, also 6 Procent, auf und ließ den Senatoren, denen anfänglich alles Zinsennehmen verboten war, dann durch c. 4. C. Th. de usur. (II. 33.) von Arcadius, Honorius und Theodosius 6 Procent gestattet waren, nun 4 Procent zu. Rücksichtlich des Mutuums anderer Fungibilien wechselten die Bestimmungen Justinians in Nov. 32. c. 1. Nov. 106., bis endlich durch die Bestimmung der Nov. 110 wieder auf c. 26. § 1. C. cit. recurrirt wurde.

Ueber Anatocismus und usurae supra duplum vergl. W. Sell in der oben angeführten Abhandlung. Keller, Instit. S. 85. Cic. ad Attic. V. 21. VII. 2. — c. 28. C. de usuris (VI. 32.)

**c)** Die höchste Entwickelung des Princips der materiellen Contracte oder die s. g. Innominat-Contracte. — Erxleben „De contractuum innomin. indole ac natura. 1839. Schilling, Institt. § 324. Bekker, Aktionen I. S. 126 ff. Walter § 599. Keller, Institt. S. 116—120. Voigt, Ueber die condictiones ob causam. S. 462 ff. Müller, Institt. § 122. Kuntze, Cursus II. S. 494 ff. A. Pernice, Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. X. S. 68 ff. — Ueber das Alter der actio praescriptis verbis und daß sie frühestens zu Labeo's Zeit sich ausgebildet habe, vergl. Gans, Ueber röm. Obligationenrecht S. 179 folgg. Seine Argumentation beruht ganz einfach darauf, daß Paullus [fr. 14. D. de precario (XLIII. 26.)] und Ulpian [fr. 12. § 1. D. de furtis (XLVII. 2.)] erwähnen, das interdictum de precario sei nöthig geworden, weil keine Civilklage für diesen Fall vorhanden gewesen sei; während doch entschieden dieses zur Zeit des Paullus anders geworden war. (Paull. V. 6. § 10.). Gans weist nun ferner nach,

wie gerade zur Zeit des Labeo die Frage über die Erweiterung des Begriffs der bonae fidei negotia streitig gewesen sei und Labeo mit seinen Anhängern sich für eigene actiones in factum civiles entschieden habe. [fr. 1. 19. 20. D. de praescript. verb. (XIX. 5.)] Ja selbst nach Labeo's Zeiten hätten die Sabinianer lieber den Begriff einer bonae fidei actio über ihren Begriff hinaus ausdehnen, als sich der neuen actio praescriptis verbis fügen wollen. [fr. 17. pr. § 5. de praescript. verbis (XIX. 5.)] Noch unter Hadrian war dieselbe Meinungsverschiedenheit unter den Juristen sichtbar. [fr. 20. § 1. D. eod. (XIX. 5.)] Erst nach Aristo unter Trajan ist endlich die actio praescriptis verbis, wie Gans (a. a. O. S. 185) sehr wahrscheinlich gemacht hat, in ihrem gegenwärtigen Umfange vollständig in Gebrauch gekommen, während der Name actio praescriptis verbis erst später an die Stelle des früher allein gebräuchlichen actio in factum civilis getreten ist.

## § 153.

### 2. Die Consensualcontracte.*)

1. Alter derselben.[a]) — 2. Die emptio venditio.[b])

*) Hugo S. 627 ff. Schweppe § 309—312. Walter § 597. 602. Puchta § 275. Christiansen S. 381 ff. Rein S. 700 ff. Kuntze I. § 680—701. Girtanner, Stipulation S. 354. **1226**. Cic. de nat. deor. III. 30. „inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae; reliqua, quae ex empto, aut vendito, aut conducto, aut locato contra fidem fiunt. Id. de offic. III. 17. Gai. III. 135. 136. Not. 287.

---

**a)** Das Alter der Consensualcontracte. — Im Allgemeinen ist es gewiß richtig, wenn Voigt, Ius nat. IV. 3. S. 605 die Schaffung der Consensualcontracte den mores zuweist. — Leist, Mancipation S. 65. 66. In die früheste Zeit setzt die Existenz derselben Hofmann, Beiträge zur Gesch. des griech. und römischen Rechts. Wien 1870. S. 43 ff., der die Bestimmungen über pretium solutum und periculum beim Kaufe der Zwölftafelgesetzgebung zuschreibt. Als schon zur Zeit des Plautus bestehend nimmt sie Demelius (Zeitschr. für Rechtsgesch. II. S. 198) an; während dagegen Bekker (De emptione venditione, quae Plauti fabulis fuisse probetur dissert. Berol. 1853 und Derselbe, Loci Plautini de rebus creditis. Gryphisw. 1861. Ders. Aktionen I. S. 149 ff. 311 ff.) dieselben als zu Plautus' Zeit noch nicht für klagbar hält. In Beziehung auf das Alter der actio empti venditi nimmt auch Voigt (Ius natur. IV. 3. S. 542) an, daß sie schon bei Plautus als klagbarer Vertrag vorkomme. Nach ihm war die locatio conductio anfangs integrirender Theil der emptio venditio und ist erst in der Mitte des 6. Jahrhunderts aus der emptio venditio durch die Theorie ausgeschieden werden. (Ders. IV. 3. S. 596 ff.) Die actio mandati und pro socio dagegen sind nach Voigt (IV. 3. S. 603 ff.) um die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts entstanden.

**b)** Emptio venditio. — Walter § 602. Rein S. 700—713. Müller, Institt. § 115. Kuntze II. S. 487. 488. Schirmer, De voluntariis privatorum auctionibus apud veteres Romanos. Vratisl. 1858. 1) Die älteste Bedeutung des emere, s. venum dare und vendere s. venum ire s. venire. — **1227**. Paul. Diac. v. „Abemito significat demito vel auferto. Emere enim antiqui dicebant pro accipere. — **1228**. Id. v. „Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere." **1229**. Fest. v. „Venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant." Gai. III. 141. „.. unde illud est, quod vulgo putant, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi,

eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse.." **1230**. Isidor. Orig. V. 24, 24. „Emptio autem dicta, quod a me tibi sit; venditio quasi venundatio, id est, a nundinis." — Nach Voigt a. a. O. IV. 3. S. 519 ff. ist zur Zeit der zwölf Tafeln „emere vendere" überhaupt „das entgeldliche Veräußerungsgeschäft unter Lebenden" ohne jede technisch individuelle Bestimmung, so daß es anfänglich auch permutatio, datio in solutum, Zahlung der litis aestimatio und locatio conductio mit umfaßte.

2) Die auctoritatis actio bei bezahltem Kaufpreis. Vergl. § 123. Dazu noch Dernburg, Compensat. S. 56. Bekker, Aktionen I. S. 33. Müller, die Lehre des röm. Rechts von der Eviction. S. 21 ff. — Paull. II. 17. § 1. 3. (§ 123. N. 1001.) Annalis exceptio Italici contractus. — c. 1. pr. C. de annali exc. (7, 40.) c. 1. C. de usuc. transform. (7, 31.) — C. Sell in Sell's Jahrb. III. S. 31 ff. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 435 ff. — Nach Sell, dem Rudorff gefolgt ist, verhält es sich mit dieser Einrede folgendermaßen: Die auctoritatis actio und die Klage wegen Eviction konnten durch die Einrede zurückgewiesen werden, daß sich der Käufer in dem Evictionsprocesse nicht auf Ersitzung berufen habe. Cic. pro Caec. 26. fr. 56. § 3. D. de evict. (21, 2.) Der italische Contract aber war der contractus nexi und mancipii über italische Grundstücke. Die Stadt Constantinopel hatte aber italisches Recht, also auch das alte Mancipations-, Usucapions- und Auctoritätsrecht. Die Einrede, die der Auctor gegen den Käufer hatte, wenn dieser sich im Evictionsprocesse nicht auf Usucapion berufen, war allerdings perpetua, aber die Dauer des Besitzes bei Sachen, um sie zu usucapiren, bestand in einem ein- oder zweijährigen Besitze, ebenso trat der Verlust der Servituten durch non usus nach einem resp. zwei Jahren ein. Alles dies galt eben nur an den Orten, die das Ius italicum (§ 33. S. 53.) hatten. (Sell a. a. O. S. 49 ff.) Obgleich nun durch das Ius italicum den Einwohnern der dadurch bevorzugten Orte kein ius commercii gegeben war, so gab doch dieses Ius italicum denjenigen, welche das ius commercii hatten, also wesentlich den cives, die Möglichkeit der Mancipation und Usucapion an Grundstücken solcher bevorzugter Orte. (Ich halte es nämlich nicht für begründet, wenn Sell (a. a. O. S. 55.) meint, daß durch die Verleihung des Ius italicum an eine Stadt auch deren Bewohnern folgeweis die Fähigkeit gegeben sei, sich der mancipatio zu bedienen.) Seit Caracalla war es freilich die Regel, daß die Bewohner cives waren und sich der mancipatio bedienen konnten und die usucapio bei ihnen Anwendung fand. Für diese außerhalb Italiens mancipirenden cives war die mancipatio in ihrem obligatorischen Bestandtheil im eigentlichsten Sinne ein italicus contractus. Daß aber endlich die exceptio, welche gegen die auctoritatis actio aus diesem italicus contractus gegeben war, annalis genannt wird, während sie in Wahrheit perpetua war, will nichts anderes sagen, als daß sie gegen eine annalis actio gerichtet ist. [Sell a. a. O. S. 56. — fr. 15. § 5. D. quod vi (43, 24.). fr. 1. § 10. D. quando de peculio (15, 2.).]. Obgleich sie nun auch gebraucht werden konnte, wo die usucapio erst in zwei Jahren vollendet war und also die annalis exceptio Italici contractus der auctoritatis actio erst nach zwei Jahren entgegengesetzt werden konnte, so hieß sie doch a potiori auch in diesen Fällen nicht biennalis, sondern ebenfalls annalis. (Sell a. a. O. S. 57.)

3) Stipulatio duplae s. de evictione. — Bekker, Jahrb. des gem. deutschen Rechts. VI. S. 263 ff. Müller, Eviction S. 27 ff. — „Diese stipulatio hat in derjenigen Form, in welcher sie uns in der classischen Zeit entgegentritt, wesentlich das Ziel, durch das Mittel der verborum obligatio materiell dasselbe Resultat herzuführen, wie es aus dem nexum beim Kaufe eintrat, also daß sie materiell das Surrogat der nexi obligatio wegen Eviction bilden sollte." **1231**. fr. 11. D. de stipul. praet. (46, 5.) „In eius modi stipulationibus, quae quanti ea res est, promissionem habent, commodius est,

certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit et ad exiguam summam reducitur." **1232**. fr. 31. § 20. D. de aedil. ed. (21, 1.) „Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat, ea enim, quae sunt moris atque consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire." — Müller a. a. O. S. 55 ff. **1233**. fr. 37. pr. D. de evict. (21, 2.) Ulp. ad edict. „Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur."

4) Die Maßregeln des späteren Rechts zur Sicherheit der Besteuerung und zur Vorbeugung von Evictionsprocessen. — **1234**. Fragm. Vat. § 35. „...Pari siquidem exemplo vociferationibus consertis (Huschke: consutis) multitudines memorarunt, non iuste res suas esse divenditas: aliis possidentibus, se fiscalia luere: frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt. — — idcirco iustae providentiae consulta deliberatione sancimus, ut omnino qui comparat, rei comparatae ius agnoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. — — Id etiam volumus intimari, nostrae clementiae placuisse, neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur; usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subseciva, vel ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. — — Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum ... Ita ergo venditionum omnium tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio paenitus sepulta depereat." (Constantin. a. 313.) Theilweis wörtlich wiederholt in c. 2. C. Th. de contrah. empt. (3, 1.) — c. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse. (4, 47.)

5) Aedilicium edictum. — Neustetel, Röm. rechtliche Untersuchungen S. 155 ff. Keller, Sell's Jahrb. III. S. 86 ff. Walter § 602. Rein S. 706 ff. Kuntze I. § 685. II. S. 489. — **1235**. Cic. de off. III. 16. „Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata; quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a iure consultis etiam reticentiae poena est constituta.. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. — — Igitur ad fidem bonam statuit pertinere, notum esse emptori vitium, quod nosset venditor." — c. 17. „Qui enim scire debuit, de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium." — fr. 1. pr. D. de aedil. ed. (21, 1.) — Keller a. a. O. S. 140 ff.

## § 154.

## V. Die pacta.*)

1. Pactum s. conventio im Allgemeinen.[a]) — 2. Das pactum obligatorium im Gegensatze zum contractus.[b]) — 3. Pacta legitima, praetoria, adiecta.[c])

*) Schweppe § 314 folgg. Walter § 596. Liebe, Zeitschrift für Civilr. und Proc. Bd. XV. S. 197 folgg. S. 235. von der Pfordten, Abhandl. aus dem Pandectenrechte. S. 259 folgg. Schilling, Instit. § 249. 250.

---

**a)** Pactum s. conventio im Allgemeinen. — Ihering I. S. 136. „Die ursprüngliche Bedeutung von pactum ist nicht die eines Vertrags überhaupt, sondern die

von pax, Frieden, nämlich Beilegung von Feindseligkeiten; der „Vertrag" macht der „Unverträglichkeit" ein Ende. — Diesen ursprünglichen Begriff von pactum, der also ein bereits bestehendes Rechtsverhältniß voraussetzt und ein Ablassen von einem der Strenge nach zuständigen Rechte in sich schließt, darf man für das römische Recht nie außer Acht lassen." — In ältester Bedeutung war wohl pactum nudum: was nicht in einen Formalcontract eingeschlossen war, daher z. B. das pactum fiduciae, deductio usus fructus etc. kein pactum nudum. **1236**. fr. 1. § 2. D. de pactis. (II. 14.) „Est autem pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus." — fr. 1. § 3. D. eod. — fr. 5. D. eod. — Gai. II. 31. — fr. 1. pr. § 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7.)

**b)** Das pactum obligatorium im Gegensatze zum contractus. — a) Paull. II. 14. § 1. Id. II. 22. § 2. — **1237**. fr. 7. § 2—4. D. de pactis. (II. 14.) „Sed quum nulla subest caussa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem." vergl. mit **1238**. fr. 15. D. de praescr. verb. (XIX. 5.) „....conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod."... **1239**. fr. 9. D. de V. S. (L. 16.) „Labeo libro primo praetoris urbani definit: quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur; et actum quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione; contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestam rem significare sine verbis factam." Schwanert, die Naturalobligationen § 11. Ruggieri, de obligationibus. Rom. 1872. S. 53 ss. — b) Paull. II. 22. § 2. „Omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.", — c. 14. 21. 28. C. de pactis (II. 3). — Pacta conventa bezeichnete nach Voigt IV. 3 S. 605 ff. wesentlich die Consensualcontracte und die mutui datio, Auct. ad Her. II. 13.

**c)** Pacta legitima, praetoria und adiecta. — **1240**. a) fr. 6. D. de pactis (II. 14.) „Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur." v. Savigny, Obligationenrecht II. S. 11. Fest. v. **1241**. „Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. neque id quid significet, indicat, puto quia notum est; permittit enim lex parem vindictam." **1242**. Auct. ad Herenn. II. 13. „Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observandae sunt, hoc modo: „Rem ubi pagunt, orato, ni pagunt, in comitio, aut in foro ante meridiem causam coniicito." Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento, quae iure praestare dicuntur." **1243**. Cic. de off. III. 15. „iste dolus malus .. legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis .. et sine legibus iudiciis, in quibus additur: Ex fide bona." fr. 30. D. de usuris (XXII. 1.) c. 12. C. eod. (IV. 32.) — b) § 1. I. de oblig. (III. 12.) § 3. 8. I. de actt. (IV. 6.) fr. 17. § 2. D. de pactis. (II. 14.) fr. 4. D. de pignor. (XX. 1.) fr. 1. D. de pecun. constit. (XIII. 5.) — c) **1244**. fr. 7. § 5. D. de pactis. (II. 14.) „Quin immo interdum format (sc. nuda pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint. Ex intervallo non inerunt, nec valebunt, si agatur ne ex pacto actio nascatur... Ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt.... Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptionem." fr. 50. D. eod. — c. 2. C. de pactis inter emptor. (IV. 54).

## Anhang.

## Donatio.

Hugo S. 537 folgg. S. 977. 1005. Schweppe § 317. Walter § 610—615. v. Savigny in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. IV. S. 1 folgg. Ders. Verm. Schriften I. S. 315—385. Rudorff, de lege Cincia. Berol. 1825. Wenck praef. ad Hauboldi opusc. Vol. I. p. XXXVII. ss. Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. S. 185 folgg. Bd. III. S. 174 folgg. Unterholzner ebendas. Bd. II. S. 436 folgg. Bd. III. S. 153 folgg. de Schroeter, Observ. iur. civ. Nr. V. Francke, Civil. Abhandl. Abh. I. Schilling, Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte. S. 99 folgg. Ders., Institt. § 356. 357. v. Vangerow, Pandecten I. § 121. 122. Bruns, Quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum jus Romanum. Tubing. 1838. p. 125 ss. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. Bd. IV. S. 194 folgg. (Klinkhammer, de donationibus. Amstelod. 1826 war mir nicht zur Hand.) Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. S. 105 folgg. Keller, Institt. S. 130—134. Puchta, II. § 206. — Cam. Re, Storia delle solennità negli atti di donazione dal VI secolo di Roma fino ai giorni nostri. Rom. 1870. — (Schenkungsurkunden mit Beobachtung der vorgeschriebenen Formen finden sich bei: Spangenberg, Tabulae negott. solemn. Nr. XXVII.) Bruns, Fontes iur. Rom. p. 132—135.

I. Die Schenkung vor der lex Cincia. — 1) **1245**. fr. 9. § 3. D. de donatt. (XXXIX. 5.) „Donari non potest nisi quod eius fit, cui donatur.“ — 2) **1246**. Fragm. Vatic. § 263. „Eum, qui bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.“ Eod. § 293. — Francke a. a. O. S. 9 folgg. Ueber die Schenkung durch Mancipation mit aes dare und sestertio nummo uno, wobei letzteres etwas ganz Selbständiges, außer der Mancipation Liegendes, ist vergl. Huschke, Flav. Syntrophi Instrum. don. p. 40 ss. und dazu Leist, Mancipation S. 160 ff. Es ist hierbei der sestertius nummus unus das reelle pretium, während das aes bei der Mancipation nur veluti pretii loco ist. (vergl. § 143.)

II. Die Bestimmungen der lex Cincia de donis et muneribus. (Vom Tribun M. Cincius Alimentus im J. 548 u. c. als Plebiscit durchgesetzt.) Unterholzner Rhein. Mus. Jahrg. II. S. 436 ff. Schilling III. § 356. Nach Rudorff zu Puchta II. § 206. Not. bb war der Zweck der lex Cincia das Vermögen „in der Freundschaft“ zu erhalten, so wie der lex Furia. (Ulp. XXVIII. 7.) — Mommsen, Röm. Forschungen Bd. I. S. 367. Not. 21. v. Savigny, Verm. Schriften. Bd. I. S. 315 ff. Re a. a. O. S. 4—15.

1) Schenkungen unter dem gesetzlichen Maaße. — Cic. ad Att. I. 20. **1247**. Cic. XXXIV. 4. „Quid legem Cinciam de donis et muneribus (sc. excitavit), nisi quia vectigalis iam et stipendiaria plebes esse senatui coeperat?“ (Liebe, a. a. O. S. 112.) **1248**. Ulp. 1. „*** prohibet, exceptis quibusdam cognatis et, si plus donatum sit, non rescindit.“ (Cuiacius ergänzt die fehlenden Worte so: Imperfecta lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari prohibet etc. Schilling dagegen: Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Cincia, quae plus quam .... donari prohibet etc.) Vergl. noch v. Savigny, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. IV. S. 21 folgg. Ders. Verm. Schriften Bd. I. S. 336 ff. Francke a. a. O. S. 5 folgg. Siehe dagegen Liebe a. a. O. S. 108 folgg., welcher diese Stelle auf die lex Iulia et Papia bezieht, weil in der Handschrift des Auredanus zwischen den Worten cognatis und plus sich die Worte

finden: „mortis caussa." Auch bei dieser lex, meint nun Liebe, habe es exceptae personae gegeben und auch hierbei habe es ein gewisses Maaß der Zuwendung gegeben (Ulp. XV. XVI.), welches die dasselbe überschreitende Disposition auch keineswegs für ungültig erklärt habe, so daß in diesem Sinne auch die lex Iulia et Papia eine lex imperfecta gewesen sei.
**1249**. Paul. Diac. v. „Muneralis lex vocata est, qua Cincius cavit, ne cui liceret munus accipere."

2) Gesetzliches Maaß der Schenkungen. — Gegen die gewöhnliche Annahme daß die lex Cincia ein bestimmtes Maaß (modus legitimus) vorgeschrieben und dieses höchst wahrscheinlich in 20,000 Sesterzien bestanden habe (v. Savigny, Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. IV. S. 36 folgg. Ders. Verm. Schriften Bd. I. S. 384 nimmt als wahrscheinlich an, daß die erschwerenden Formen der lex Cincia anfänglich für alle Schenkungen gegolten hätten, erst durch die Auslegung der Juristen seien diese Beschränkungen auf große Schenkungen beschränkt worden) hat sich Liebe a. a. O. S. 107 folgg. mit sehr tristigen Gründen erklärt. Liebe geht zunächst hierbei von dem Unterschiede der munera solemnia und eigentlichen donationes aus. Erstere sind nach ihm die kleinen Gelegenheitsgeschenke, wie sie der Anstand und die Sitte erforderte (fr. 12. § 3. D. de administr. tut. XXVI. 7. „Solemnia munera parentibus cognatisque mittet."), donationes dagegen größere Gaben, bei denen das pecuniäre Interesse, die Bereicherung des Beschenkten in Betracht kommt. [fr. 194. D. de V. S. (L. 16.)] **1250**. Paul. Diac. v. „Munus significat officium, quum dicitur quis munere fungi. Item donum, quod officii causa datur." Nach Mommsen, Histor. Zeitschr. v. Sybel, Jahrg. 1859. S. 370. Not. 32 munus, pflichtmäßige Leistung; donum, freie Gabe. (dare, dos.) Der Zweck der lex Cincia sei nun gewesen, zu verhüten, daß nicht bloße munera, zu welchen ein Theil der Bürger durch Sitte und Verhältniß genöthigt gewesen sei, in wirkliche donationes ausarteten. Supra modum legis sei also dann geschenkt, sobald das Gegebene ein immodicum munus sei, und daher als Schenkung, donatio, gelten müsse. [fr. 31. § 8. D. de donatt. inter vir. et uxor. (XXIV. 1.) „Si vir uxori munus immodicum Kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est."] Ob hierfür eine bestimmte Summe in der lex Cincia ausgesprochen gewesen sei, oder dieselbe das donare schlechthin verboten habe, läßt Liebe dahin gestellt sein.

3) Exceptio legis Cinciae. — Nach der gewöhnlichen Ansicht sollten überhaupt Schenkungen unter 60,000 Sesterzien keiner besondern Form bedürfen, eine Schenkung, welche dieses Maaß überstiege, aber rescindirt werden können. Nach Liebe stellt sich aber das Resultat weit einfacher und natürlicher so heraus: Alle donationes sind widerruflich und regelmäßig ungültig, nur die perfecta donatio ist unanfechtbar. Als perfecta wird aber eine donatio bei bestimmten Personen (exceptae personae) früher und leichter angesehen, als bei andern (non exceptae personae). Wie viel hierbei in den uns überlieferten Sätzen, welche als aus der lex Cincia hervorgegangen angeführt werden, dieser unmittelbar angehört oder sich erst durch die Doctrin ausgebildet hat, ist nicht genau zu ermitteln.

a) Bei non exceptis personis. — Das Princip, welches hierbei die lex Cincia festhielt, hat wohl Vangerow § 122. Anm. 1 am einfachsten und richtigsten ausgesprochen: Jede Schenkung an eine persona non excepta (nach der gewöhnlichen auch von Vangerow, wie es scheint, festgehaltenen Meinung: jede übermäßige Schenkung) ist erst dann perfect, wenn der Schenker, um seine Liberalität zu realisiren, aus allem und jedem Verhältnisse zu dem geschenkten Gegenstande herausgetreten ist. Jedem aus einer solchen imperfecta donatio Klagenden steht daher die exc. legis Cinciae und dem Beklagten, welcher die exc. rei donatae et traditae entgegensetzt, die replica legis Cinciae entgegen. [fr. 5. § 2. D. de doli exc. (XLIV. 4.)] Daher müssen unbewegliche res nec mancipi tradirt sein; res mancipi mancipirt und tradirt oder usucapirt sein, weil sonst wenigstens das nudum ius Quiritium beim Schenker zurückblieb. Schilling, Institt. Bd. III. S. 784. 785.

**1251**. Fragm. Vat. § 313. „Donatio praedii, quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur; eius vero, quod nec mancipi est, traditione sola.“ Eod. § 259. 293. Bei allen res mobiles, wenn sie auch mancipirt oder in iure cedirt und tradirt waren, fiel aber die exc. legis Cinciae erst weg, wenn der Beschenkte noch nicht über ein halbes Jahr im Besitze derselben gewesen war (maiore anni parte possedit), weil erst dadurch das interdictum Utrubi des Schenkers ausgeschlossen war (interdicto Utrubi superior est donator). **1252**. Fragm. Vat. § 311. „Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem: in rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur ut et interdicto Utrubi superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.“ Eod. § 293. Ueberhaupt fällt aber die exc. legis Cinciae weg, wenn der Schenker ohne zu widerrufen gestorben oder die geschenkte Sache usucapirt war. (Fragm. Vat. § 259. 266. 294. 312.) Puchta II. § 206. S. 331.

b) Bei exceptis personis. — Zu diesen gehören alle Cognaten bis zum sechsten Grade und der sobrinus und die sobrina und Alle, welche in der Gewalt dieser Personen sich befinden; Verschwägerte bis zum zweiten Grade, Mann und Frau, Bräutigam und Braut, der Tutor dem Pupillen und Freigelassene dem Patron gegenüber und endlich bei Schenkung einer dos alle Cognaten unter einander ohne Rücksicht des Grades. (Fragm. Vat. § 298—309.) Bei allen Schenkungen dieser Personen war die donatio noch nach den älteren Regeln perfecta d. h. durch jede mera et simplex datio, also durch bloße Stipulation, bei Schuldforderungen durch Delegation oder Litiscontestation (Fragm. Vat. § 263.) und bei res mancipi durch Mancipation oder Tradition, wenn diese nur wenigstens bonitarisches Eigenthum gab. (Fragm. Vat. § 263. 293. 310. 315. 316.) Vergl. außerdem noch Liebe a. a. O. S. 124 folgg.

4) Ueber das Verbot der Belohnung der Sachwalter. (Ne quis ob caussam orandam donum munusve caperet.) Tac. Annal. XI. 5. 7. XIII. 4. Plin. Epist. V. 21. Rudorff, Rechtsgesch. II. S. 53. Schilling, Institt. Bd. III. S. 825. 833. Not. gg. — Besonders Unterholzner im Rhein. Mus. Jahrg. II. S. 438. Not. 2.

a) Unter August dieses Verbot durch ein SCum unter Androhung der Strafe des Vierfachen verschärft. Dio Cass. LIV. 18. Tac. Ann. XIII. 42. — Schilling a. a. O. S. 833. Not. hh.

b) Unter Claudius für Proceßführungen ein Honorar gestattet, aber nicht über dena sestertia für jede einzelne Rechtssache. Tac. Ann. XI. 7. —

c) Unter Nero zuerst wieder das Verbot der lex Cincia wiederhergestellt (Tac. Ann. XIII. 5. 42.), später aber wieder eine certa und iusta merces den Sachwaltern zu geben gestattet. (Suet. Nero 17).

III. Die Veränderungen unter den Kaisern. — Keller, Institt. S. 130 ff. Schilling III. § 358. 359. Meisner, de origine et progressu insinuationis donationum sec. constitutiones imperatorum Rom. a Constantino usque ad Iustinianum. Berol. 1858. Re, a. a. O. S. 15 ff.

1) Die Verordnung des Antoninus Pius. — Zu Folge dieser Verordnung soll die nuda voluntatis declaratio, wenn es sich zwischen Eltern und Kindern um eine rerum donatio handelt, die mancipatio und traditio ersetzen, wenn nur der Wille zu schenken ganz bestimmt ausgedrückt war. (Liebe a. a. O. S. 131 folgg. dazu aber Schmidt in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. 1841. S. 907.) — c. 4. C. Th. de donatt. (VIII. 12.) Fragm. Vat. § 314. — Daß der Wille zu schenken in jeder Beziehung bestimmt geäußert sein muß, ergeben c. 5. C. Th. eod. (VIII. 12.) Fragm. Vat. § 263. 266. 285.

2) Die Verordnung des Constantius Chlorus. — Fragm. Vat. § 266. — **1253**. c. 1. C. Th. de sponsalib. (III. 5.) Imperat. Constantinus A. ad Rufi-

num Pf. P. „Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset. Nos etiam inter sponsos ac sponsas omnesque personas eam solam donationem ex promulgatae legis tempore valere sancimus, quam testificatio actorum secuta est.“ (319.) c. 3. C. Th. de donatt. (VIII. 12.)

3) Die Bestimmungen Constantins und die daran sich anschließenden der spätern Kaiser. — a) Die Bestimmungen Constantins. — Fragm. Vat. § 249. — **1254**. c. 1. C. Th. de donatt. (VIII. 12.) Imperator Constantinus A. ad Maximum Pf. U. (a. 316.) „Donatio sive directa sit, sive mortis caussa instituta, sive conditionibus faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent, actiones, conditiones pactionesque contineat, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiiciantur, si sunt molestae; ita ut minorum defensores, si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissae periculum praestent. — § 1. In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut per imperitos aut privatim, sed aut tabula, aut quodcunque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus plurimis perscribatur. — § 2. Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam annectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt.“ (316. p. Chr.) — c. 25. C. de donatt. (VIII. 54.) (Ueber diese Stellen vergl. bes. v. Savigny, System Bd. IV. S. 199 folgg.) Ferner verordnete Constantin, daß die Insinuation der Schenkungen nur bei dem ordinarius iudex des Schenkers vorgenommen werden dürfe. c. 4. C. Th. de donat. (8, 12.) Ueber das Wegfallen der mancipatio bei Schenkungen von res mancipi, an deren Stelle die c. 1. § 2. C. Th. cit. erwähnte solennis traditio trat, vergl. Schilling III. S. 903. Not. cc. und Voigt, Ius nat. II. S. 932 ff.

b) Die Bestimmungen von Theodosius II. und Valentinian III. (a.428.) Gerichtliche Insinuation bei einer donatio ante nuptias, welche die Summe von 200 solidi nicht übersteigt, nicht nöthig. c. 11. pr. C. Th. de spons. (3, 5.) — Schilling III. S. 904. Not. ii. — **1255**. c. 29. C. I. de donat. (VIII. 54.) v. J. 428.. „et si sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc quod geritur comprobatur.“

c) **1256**. c. 31. C. de donatt. (VIII. 54.) vom Kaiser Zeno aus dem J. 478. „In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere...“

4) Justinians Veränderungen. — a) Die Schenkung als formloser Vertrag gültig und klagbar. c. 35. § 5. C. de donatt. (8, 54.) c. 37. C. eod. § 2. I. eod. (2, 7.) — b) Alle Schenkungen bis auf den Betrag von 300 solidi von der Form der Insinuation befreit. c. 34. pr. C. eod. (8, 54.) — c) Diese Summe erhöht auf 500 solidi. c. 36. § 3. C. eod. (8, 54.) v. Savigny a. a. O. S. 203 folgg. Liebe a. a. O. S. 135. — Schilling III. § 359. S. 908 ff.

## § 155.

## VI. Obligationen ex delictis.*)

1. Furtum.[a]) — 2. Rapina.[b]) — 3. Iniuria.[c]) — 4. Damnum iniuria datum.[d])

*) Hugo S. 302 folgg. S. 637 folgg. Walter § 792—798. Heineccius l. c. ed. Haubold. p. 616 ss. Christiansen, röm. Rechtsgesch. Bd. I. S. 179 folgg. Schweppe a. a. O. § 325—330. Rein S. 736—754. Puchta III. § 277. Kuntze, Cursus I. § 714—720. II. S. 498 ff. v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. II. S. 300—311.

---

**a)** Furtum.—Kuntze II. S. 500—504. Rein S. 736—740. — Keller, Institt. S. 134—141. „Furtum ist wissentlich unrechtmäßige Anmaßung einer beweglichen Sache in der Absicht von Gewinn.“ § 1. I. de oblig., quae ex delicto (4, 1.) fr. 1. § 3. D. de furtis (47, 2.) **1257**. Gell. XI. 18. „Qui alienam rem attrectavit, quum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur. Item alio capite: Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit, sive nescit.“ (Aus Sabinus lib. iuris civilis II.) Gai. II. 51. gegen Sabinus bei Gell. XI. 18. „...in quo (sc. Sabini libro de furtis) id quoque scriptum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae efferri occulte et surripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum.“

1) Furtum manifestum und nec manifestum. Princeps Handjery, Observationes de furtis pro diversitate probationum varie punitis. Bonnae 1857. p. 3. „Namque existimarunt, opinor, veteres plenam, qua dignum esset, maleficio poenam non esse infligendam, nisi apertissime sit manifestatum; contra quanto incertius minusque evidenter illud constaret, tanto ab hac esse abstinendum: pro criminis commissi certitudine poenae modum statuebant.“ — a) **1258**. Gai. III. 184. „Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit: velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto, aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eousque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit, quae sententia non obtinuit. Sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum*** aliquam *** dubitationem unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit, quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus surreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinat fur perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra approbatur: magis tamen plerique posteriorem probant. § 185. Nec manifestum furtum quod sit, ex iis, quae diximus, intelligitur; nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.“ — **1259**. Gai. III. 189. „Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat: nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant; in servum aeque verberatum animadvertebatur, sed postea improbata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.“ **1260**. Macrob. Sat. I. 4. „Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto.“ **1261** Cic. pro Tullio § 47. „Atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere, et luce, si se telo defendat.“ **1262**. Gell. XI. 18. „Manifestum autem furtum est, ut ait Massurius.

quod deprehenditur dum fit; faciendi finis est, quum perlatum est, quo ferri coeperat." — b) **1263**. Gell. XI. 18. „Nam furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, quum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, quum prenderetur, defenderet. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prensos verberibus affici et e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri. Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est: nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur." — **1264**. Gai. 189. 190. „Nec manifesti furti poena per legem (XII) tabularum dupli inrogatur; quam etiam praetor conservat." Id. IV. 173.

2) Furtum conceptum. v. Vangerow, De furto concepto ex lege XII tabularum. Heidelb. 1845. Handjery l. c. p. 7—15. — a) **1265**. Gai. III. 186. „Conceptum furtum dicitur, quum apud aliquem, testibus praesentibus, furtiva res quaesita et inventa est; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti." — § 191. „Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est; quae similiter a praetore servatur." — b) **1266**. Gai. III. 188. „Est etiam prohibiti furti adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit." § 192. „Prohibiti actio quadrupli ex edicto praetoris introducta (est); lex autem eo nomine nullam poenam constituit. Hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteo [van der Hoeven, Zeitschr. für Rechtsg. VII. S. 258 will statt linteo in § 192 und statt linteum § 193 lesen: „licio" und „licium"] cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse." Hierzu Turiner Institutionenglosse nach Krüger in der Zeitschr. für Rechtsg. VII. S. 78. **1267**. N. 466. „Ita enim flebat, ut is, qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam, nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus." — (Handjery l. c. p. 15—35.) § 193. „Quid sit autem linteum, quaesitum est. Sed verius est, consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur; quare lex tota ridicula est, nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est: eo magis, quod ita quaesita res inventa maiori poena subiiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupantis [nach v. Vangerow l. c. Not. 43 zu lesen „occupatis"] nihil subiiciatur, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subiici, neque ibi imponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscunque materiae sit ea lanx, satis legi fieri." Gell. XI. 18. (N.1265.) **1268**. Fest. v. Lance. „Lance et licio dicebatur apud antiquos: quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam." — Nach Böcking's Ansicht diese Form eine sacrale Ceremonie. Handjery l. c. p. 21 ss. — Eben so Kuntze II. S. 502. Keller, Institt. S. 140. 141. Dazu die von Keller cit. Stelle: **1269**. Plato de legg. Ed. Bip. IX. p. 202. „Si quis in domo alterius quaerere quidpiam tamquam suum (φωρᾷν) velit, is nudus et licio cinctus cetera discinctus (γυμνὸς, ἢ χιτωνίσκον ἔχων, ἄζωστος), iustosque per Deos antea iurans, se inveniendi spe id facere, ita domum requirito. Dominus vero tum exhibeto domum, et in omnibus sive obsignatis sive minus obsignatis locis liberam furti inquirendi potestatem facito."

3) Furtum oblatum. — a) **1270**. Gai. III. 187. „Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque apud te concepta sit; utque si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dederit, conciperetur; nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, consti-

tuta est actio, (quae) appellatur oblati." — **1271.** Paull. sent. rec. II. 31. § 3. 5. „oblati is agere potest, penes quem res concepta [(id) est inventa] est." — 4. Furtum non exhibitum. — **1272.** § 3. 4. I. de obligatt., quae ex del. (IV. 1.) —— „Praeterea poena constituitur edicto praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit." **1273.** Theoph. ad h. l. „..ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὑρεθὲν παρ' αὐτῷ κλοπιμαῖον πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ὑπὸ τοῦ εὑρόντος ληφθῆναι." [..qui rem furtivam apud se quaesitam atque inventam non permisit ab inveniente auferri.] Kuntze II. S. 503.

4) Die Veränderungen des neueren Rechts. — a) Allmähliches Aufkommen der accusatio auf öffentliche Strafe wegen des furtum. Walter § 795. Rein, Criminalrecht. S. 314. 326. Rudorff, Rechtsgesch. § 106. 122. — fr. 56. § 2. D. de furtis. (XLVII. 2.) **1274.** Gell. XX. 2. „Addici nunc et vinciri multos videmus, qui vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt." Ueber die namentlich aufgeführten furta der spätern Zeit vergl. Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechts. 1834. S. 51. folgg. Wächter in Weiske's Rechtslexicon Bd. III. S. 371 folgg. — b) Die Veränderungen der späteren Zeit, hinsichtlich der älteren Arten des furtum. — **1275.** § 4. I. de obligg. quae ex del. (IV. 1.).... „Sed hae actiones, id est concepti, et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt..." **1276.** fr. 3. D. de fugitivis. (XI. 4.) Ulp. „Divus Pius rescripsit: eum, qui fugitivum vult requirere in praediis alienis, posse adire praesidem, litteras ei daturum, et, si res ita exegerit, apparitorem quoque, ut ei permittatur ingredi et inquirere, et poenam eundem praesidem in eum constituere, qui inquiri non permiserit. Sed et divus Marcus oratione, quam in senatu recitavit, facultatem dedit ingrediendi tam Caesaris, quam senatorum et paganorum praedia volentibus fugitivos inquirere, scrutandique cubilia atque vestigia occultantium."

**b)** Rapina. — Walter § 796. — Cramer, ad Ciceronis orat. pro Tullio. c. 4. — v. Savigny, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. V. S. 123 folgg. Ders. Verm. Schriften Bd. III. Not. 30. Rudorff II. § 109. Not. 2. Rein, Criminalrecht. S. 326—329. Müller, Institt. S. 404. 405.

In den Bürgerkriegen gegen das Ende der Republik bedurfte es gegen die Gewaltthätigkeiten und die dadurch herbeigeführten Schadenszufügungen (damnum) vorzugsweise eines Schutzes. Der Prätor M. Lucullus erließ daher als Prätor ein Edict des Inhalts: daß, wenn mehrere Bewaffnete (homines armati coactique), entweder einen Schaden anrichteten (damni quid fecerint) oder raubten (bona rapta esse dicentur) eine Klage auf das Vierfache, die später geradezu actio vi bonorum raptorum genannte, dem Beschädigten oder Beraubten gestattet sein solle. — **1277.** Cic. pro Tullio c. 5. „Iudicium vestrum est, Recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisque damnum factum esse M. Tullio."

Schon in der Edictstelle der Pandekten [fr. 2. pr. D. vi bonor. rapt. (XLVII. 8.)] ist der Zusatz „armati" weggelassen; durch Interpretation wurde auch der Zusatz: „coacti" als zur Begründung der Klage nicht mehr nothwendig angesehen. [fr. 2. § 7. D. eod.] Endlich wurde auch das damnum, ursprünglich die Hauptsache bei dieser Klage, nicht mehr berücksichtigt, der Raub (rapina) dagegen trat als Grund der Klage immer mehr in den Vordergrund und blieb zuletzt allein übrig. [fr. 2. § 17. D. eod. Gai. III. 209. IV. 8. — pr. I. de vi bon. rapt. (IV. 2.)].

**c)** Iniuria. — Schweppe § 325. Walter § 797. Ders. im neuen Arch. des Criminalrechtes Thl. IV. Nr. 5. 12. Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Rö-

mer. S. 274 folgg. Rein, Criminalrecht S. 354 ff. Huschke, Gaius S. 118 ff. Excurs über die ältere Geschichte der Injurien. Keller, Institt. S. 141 ff.

1) Zur Zeit der zwölf Tafeln. — **1278.** Fest. v. „Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: „Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto." neque id quid significet, indicat, puto quia notum est, permittit enim lex parem vindictam." — Gell. XX. 1.

a) Verletzungen der Ehre. — **1279.** Paull. V. 4. § 6. „Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis." **1280.** Cic. de rep. IV. 10. „Nostrae contra XII tabulae quum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis actitavisset, sive carmen condidisset, quod infamiam afferret, flagitiumve alteri." Id. Tusc. disput. IV. 2. **1281.** Porphyr. in Hor. epist. II. 1. 154. „Fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium." Ps. Cornutus in Pers. sat. I. 123. „Lege XII tabularum cautum est, ut fustibus feriretur qui publice invehebatur."

b) Körperverletzungen. — Fest. v. Talionis (N. 1278.) **1282.** Gai. III. 223. „Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidum ruptum talio erat: propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat: at si servo CL: propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta; et videbantur illis temporibus, in magna paupertate, satis idoneae pecuniariae poenae." — § 7. I. de iniur. (IV. 4.) **1283.** Gai. III. 224. „Sed nunc alio iure utimur, permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris prout illi visum fuerit; sed quum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem."

c) Ceterae iniuriae. — **1284.** Gell. XX. 1. „.. ita de iniuria punienda scriptum est: Si iniuriam faxit alteri viginti quinque aeris poenae sunto."

2) Die spätere Zeit. — a) Das prätorische Edict. — Gell. XX. 1. **1285.** fr. 15. § 2. D. de iniur. (47, 10.) „Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo." § 25. „Ait Praetor: Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam." — Huschke a. a. O. S. 128 ff. — Der Unterschied von atrox und levis iniuria. fr. 7. § 7. D. h. t. (47, 10.) Huschke a. a. O. S. 134. 141. — Gai. VI. 60. 182. § 9. I. h. t. (4, 4.)

b) Die lex Cornelia de iniuriis. — Huschke a. a. O. S. 143 ff. Rein, Criminalrecht S. 370 ff. Schrader ad § 8. I. de iniur. (4, 4.) **1286.** § 8. I. h. t. (4, 4.) „Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur, et iniuriarum actionem introduxit, quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat." **1287.** fr. 5. pr. D. h. t. (47, 10.) „Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri." — Nach Huschke a. a. O. S. 143—145 war die unbekannte Strafe der lex Cornelia ein iudicium publicum rei privatae. — fr. 5. § 9. 11. D. h. t. (47, 10.) fr. 42. § 1. D. de proc. (3, 3.) Nach Walter § 797 war es eine peinliche Strafe; nach Rein a. a. O. S. 373 die aquae et igni interdictio.

c) Die Zeit unter den Kaisern. — An die Stelle der Strafe der lex Cornelia treten unter den Kaisern die poenae extraordinariae für schwere Injurien, wie z. B. Schmähschriften rc., die Strafen der Relegation, körperliche Züchtigung rc. Paull. V. 4. § 4. 5. 11. 13. 14. 16. 17. 21. fr. 1. § 1. D. de extraord. crim. (47, 11.) — Gegen famosi li-

belli und anonyme schriftliche Denunciationen in der christlichen Kaiserzeit die härtesten Strafen, Geißelung, selbst Todesstrafe. c. 1. 7. 9. 10. C. Th. de famos. lib. (9, 34.) c. un. C. eod. (9, 36.) **1288**. Paull. V. 4. § 8. „Mixto iure iniuriarum actio ex lege Cornelia constituitur, quoties quis pulsatur vel cuius domus introitur ab his, qui vulgo directarii appellantur, in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingredientis consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur exsilii aut metalli aut operis publici.“ — fr. 38. D. de iniur. (XLVII. 10.) fr. 1. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) c. un. C. de famosis libell. (IX. 36.)

**d)** Damnum iniuria datum. — Walter § 798. Heinecc. l. c. IV. 3. Rudorff, R. G. I. § 41. II. § 108. Ders. Ztschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 374 ff. Huschke in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. Bd. XIII. S. 266 folgg. Ders. Gaius S. 106. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Recht. 1867.

1) Die Zeit der Zwölf Tafeln. — a) **1289**. Plin. H. N. XVII. 1. „Fuit et arborum cura legibus priscis; cautumque est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV. — b) **1290**. Id. H. N. XVIII. 3. „Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari iubebant; impubem praetoris arbitratu verberari noxiamque duplione decerni.“ — c) **1291**. Fest. v. „Rupitias in XII significat damnum dederis.“ **1292**. Id. v. „Sarcito in XII Servius Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato.“ (Hierzu Huschke, Gaius S. 111. „Denn sarcire ist ein factischer Ausdruck, der nicht die Entrichtung des Geldwerthes, sondern die Wiedergutmachung der Brüche (vergl. sarta tecta, tectores) bezeichnet z. B. durch Verschaffung eines eben so guten Sclaven statt des getödteten.“ fr. 9. D. de incend. (47, 9.) — Dagegen Pernice a. a. O. S. 1 ff., der annimmt, der durch jene Gesetzgebung gewährte Ersatz habe stets in einer Geldentschädigung bestanden.) — d) **1293**. Plin. Hist. nat. XXVIII. 2. „Quid? Non et legum ipsarum in XII tabulis verba sunt? „Qui fruges excantasset.“ **1294**. Seneca Nat. quaest. IV. 7. „Et apud nos in XII tabulis cavetur: Ne quis fruges alienos excantassit. Rudis atque antiquitas credebat, et attrahi imbres cantibus et repelli; . .“ — e) **1295**. Virg. Eclog. VIII. 99. „Atque satas alio vidi traducere messis.“ Serv. ad h. l. „Magicis quidem artibus hoc fiebat; unde est in XII tabulis: „Neve alienam segetem pellexeris“, quod et Varro et multi scriptores fieri deprehensum animadvertunt.“

2) Lex Aquilia. (Ein Plebiscit rogirt durch den Tribun Aquilius 467. u. c.) **1296**. fr. 1. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabularum, sive alia quae fuit; quas leges nunc referre non est necesse.“ **1297**. Gai. III. 210. „Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, (ut) si quis hominem alienum, eamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.“ § 215. „Capite secundo (in) adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.“ § 217. „Capite tertio de omni cetero damno cavetur. . .“ **1298**. fr. 2. pr. D. h. t. (9, 2.) „Lege Aquilia capite primo cavetur: Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem (vel) pecudem iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino (nach Voigt, Ius nat. III. S. 289. „hero“) damnas esto.“ **1299**. fr. 27. § 5. D. eod. (9, 2.) „Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas

esto." — **1300**. fr. 11. § 6. D. h. t. (9, 2.) „Legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino." [Ueber die Lesart dieser Stellen Pernice a. a. O. S. 11 ff.] Ueber das zweite Capitel der lex vergl. oben Gai. III. 215. — Huschke, Gaius S. 107—111. — Die Zeit der Entstehung des Gesetzes nach Pernice a. a. O. S. 18. 19 um das Jahr 467. —

3. Die späteren Erweiterungen der lex Aquilia. — fr. 11. § 8. fr. 12. 17. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) Gai. III. 219. § 16. I. de lege Aquil. (IV. 3.) — Rudorff II. § 108. S. 360. — Ueber die wechselnde Bedeutung des Wortes „damnum" vergl. Voigt in Bd. VI. der Abhandlungen der histor.-philol. Classe der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften S. 142 ff. —

## § 156.

## VII. Accessorische Obligationen.*)

### 1. Sponsores und fidepromissores.[a]) — 2. Fideiussores.[b])

*) Heinecc. l. c. IV. 3. Walter § 618. 619. Schweppe § 318—321. Gans, Scholien zum Gaius. S. 404 folgg. de Schroeter, de sponsoribus, fidepromissoribus et fideiussoribus. Jen. 1822. Rudorff I. § 20. Rein S. 669—676. Puchta III. § 264. 265. Kuntze I. § 662—665. Huschke, Gaius S. 70—93. Liebe, Die Stipulation S. 224—229. Göppert, Zeitschrift für Rechtsgesch. IV. S. 294 ff. Girtanner, die Bürgschaft S. 1—46. S. 562 ff. Voigt a. a. O. III. S. 212. Not. 294.

---

**a)** I. Sponsores. — Wie Voigt, Ius nat. IV. 3. S. 422. 423. wohl ganz richtig nachgewiesen hat, ist die sponsio die älteste Form der Verbürgung, und selbst als sponsio und fidepromissio, im Wesentlichen gleichen Bestimmungen unterlegen, hat die sponsio gewisse Eigenthümlichkeiten behalten. Ob die Unterschiede früher größer waren, ist nicht zu erkennen. Beide sind zu Gaius' Zeit in ihrem rechtlichen Verhältniß ähnlich. **1301**. Gai. III. 118. „Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio [est], fideiussoris valde dissimilis." (Pöschmann, Studien zu Gaius II. S. 11 ff.)

1) Sponsores. — Die sponsio im engern Sinne kann nur inter cives Romanos geschlossen werden. Gai. III. 93.

2) Nach der lex Publilia hatte der sponsor, wenn er für den Hauptschuldner bezahlt und dieser in den nächsten 6 Monaten das Gezahlte, depensum, nicht erstattet hatte, die pro iudicato manus iniectio gegen den Hauptschuldner auf Ersatz. Gai. IV. 22. 171. 182. Die actio depensi ging dann auf das duplum.

II. Sponsores und fidepromissores. — Als sponsio und promissio sich in ihren Wirkungen immer mehr genähert hatten, werden auch hinsichtlich der Bürgschaft sponsores und fidepromissores in den späteren Gesetzen unter ganz gleichen Bestimmungen zusammengefaßt, so daß selbst die lex Furia de sponsu auch für die fidepromissores galt. (Gai. III. 121. IV. 23.)

1) Sponsio und fidepromissio können nur zu Verbalobligationen accessorisch hinzutreten (Gai. III. 119. IV. 137.)

2) Die älteste Form war die Eingehung eines solchen accessorischen Vertrags durch sponsio und fidepromissio. (Idem dari spondes? Idem dari spondeo und Idem fidepromittis? Idem fidepromitto.)

3) Zu Folge einer bei Gai. III. 123 erwähnten, jedoch nicht lesbaren lex (nach Buttmann, Porcia; Hollweg, Petreia; Haubold, Apuleia; Dirksen, Cornelia; Huschke, Pompeia; Pöschmann a. a. O. S. 19 ff. Apuleia) war vorgeschrieben, daß der Gläubiger, welchem Sponsoren oder Fidepromissoren bestellt würden, öffentlich erkläre, wofür die Bürgschaft erfolge und wie viel Bürgen er erhalten habe. Unterließ er diese Erklärung, so konnten die Sponsoren und Fidepromissoren innerhalb 30 Tagen eine Präjudicialklage gegen den Gläubiger anstellen: ob dieser lex gemäß jene Erklärung erfolgt sei. Wurde durch Richterspruch erklärt, daß dieß nicht geschehen sei, so wurden die Bürgen frei. Diese ursprünglich nur für Sponsoren und Fidepromissoren geltenden Vorschriften wurden später durch Usualinterpretation auch auf die Fidejussoren ausgedehnt. Fidepromissoren und Fidejussoren hatten statt der actio depensi die gewöhnliche Mandatsklage, während die übrigen Gattungen der Bürgen mit der actio mandati den Hauptschuldner belangen mußten. (Gai. III. 127.)

4) Es hafteten ihre Erben nicht und blos die Erben eines peregrinus fidepromissor, wenn in dessen Vaterland der entgegengesetzte Satz galt. (Gai. III. 120.)

5) Lex Apuleia. — Sowohl für Italien, als die Provinzen wurde durch dieses Gesetz zwischen mehreren sponsores oder mehreren fidepromissores eine Art Societätsverhältniß dahin angenommen, daß Jeder derselben, der mehr als seinen Theil bezahlt hatte, gegen die Uebrigen wegen des mehr Gezahlten klagbar werden konnte. (Gai. III. 122.) An dieses Gesetz schloß sich

6) Die lex Furia de sponsu. Voigt, Condictionen S. 235. — Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 439 ff. Die uns bekannten Verordnungen dieses nur auf Italien beschränkten Gesetzes betrafen ebenfalls nur die sponsores und fidepromissores. Die lex Apuleia behielt daher in den Provinzen ihre Bedeutung. Nach dieser lex Furia sollten überhaupt zunächst Sponsoren und Fidepromissoren nur zwei Jahre verbindlich sein. Werden sie innerhalb dieser Zeit belangt, so theilt sich die Schuld unter die Einzelnen in partes viriles. (Gai. III. 121. 122.) (Zu Gai. III. 121 vergl. Pöschmann, Studien Heft II. S. 14 ff.) Wer von dem sponsor mehr, als ein Viriltheil gefordert hatte, gegen den gab das Gesetz sogar eine manus iniectio pro iudicato. (Gai. IV. 22.)

**b)** Fideiussores. — Nach diesen Gesetzen beginnen theils die für alle Bürgen gemeinsamen Vorschriften, theils aber auch wendet sich die Gesetzgebung vorzugsweise der fideiussio zu und es verschwinden allmälig die alten Unterschiede, so daß selbst die Namen sponsores, fidepromissores und fideiussores ganz gleichbedeutend gebraucht werden. [Paull. V. 9. § 2. — **1302.** c. 1. C. Th. de fideiuss. dott. (III. 15.)] Valent. Theod. et Arcad. „Omnium sponsorum vel fideiussorum deinceps in cavenda dotis sponsione promissiones absolvimus.“ § 8. I. de verb. oblig. (III. 15.) c. 26. C. de fideiussorib. (VIII. 41.) „Si quis pro alio spoponderit.“

1) Die Form der fideiussio. — In Folge der allgemeineren Fassung: „Idem fide mea esse iubeo“ war es möglich sich für alle Arten Obligationen zu verbürgen. **1303.** Gai. III. 119. „Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint obligationes, adiici potest; et ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis obligatio sit, cui adiiciatur.“ Ueber die Bedeutung des „iubere“ bei dem fide iubere sagt Huschke, Gaius S. 73. 74, daß fideiubeo eine Verpflichtung als Selbstschuldner für den Andern ausspreche, indem iubere eine

potestas voraussetze, wie sie der Person in sich nur hinsichtlich ihres Vermögens zustehe. Das fide könne daher hier auch nicht den Credit der sich verpflichtenden Person als solcher, sondern nur den des Vermögens, auf welches man die Verbindlichkeit übernimmt, bezeichnen. Salpius, Novation S. 51 sieht in dem iussus eine Anweisung, vermöge deren die Verpflichtungen aus dem in Folge der Anweisung vorgenommenen Geschäfte den iubens unmittelbar treffen, ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Contracts zwischen ihm und den Angewiesenen. Beim iussus fehle daher immer die actio mandati contraria, und überhaupt die actio mandati. (Gegen letzteren Satz spricht aber Gai. III. 127.) Voigt a. a. O. IV. 3. S. 390 erklärt, wie mir scheint, die Worte: fide mea esse iubeo ganz richtig durch: „Ich gebe Ordre, daß ein Creditum auf mein Risico oder mein Conto gehe." Er verweist dabei auf Donat. in Ter. Eun. I. 2. 59. „Fideiussor hoc est auctor credendi."

2) Die einzelnen Bestimmungen für alle Arten der Bürgen. — a) Die lex Cornelia bestimmt für alle Arten der Bürgen, daß sich Niemand in demselben Jahre bei demselben und für dieselbe Person für mehr als 20,000 Sesterzien verbürgen solle: wer sich für mehr verbürgt habe, soll dafür nicht haften. Durch Interpretation wurde sogar der Ausdruck pecunia auf jede certa res bezogen. Nur wer sich dotis nomine, oder wegen eines Legats, oder auf Befehl des Richters oder zu Folge der Vorschrift der lex de vicesima hereditatum verbürge, könne dieses in infinitum thun. (Gai. III. 125.)

Da bei den Fidejussoren, deren Erben, wie schon bemerkt, ebenfalls hafteten, eine Zeitgränze für ihre Haftungspflicht durch die lex Furia nicht eingeführt war, und außerdem alle, soviel deren waren, in solidum hafteten, so wurde

b) durch die epistola divi Hadriani festgesetzt, daß der creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes peteret (Gai. III. 121). Die Solvenz der Bürgen sollte aber nach dem Zeitpunkte der litis contestatio bestimmt werden, so daß also bei diesem Einklagen nach Quoten, der Theil der insolventen Bürgen von den solventen mit übertragen werden sollte. [§ 4. I. de fideiuss. (III. 20.) fr. 26. D. de fideiuss. (XLVI. 1.)] Theils hierdurch unterschied sich diese Vorschrift von der lex Furia, theils aber auch dadurch, daß sie ihre Wirksamkeit auch über die Gränzen Italiens erstreckte. **1304.** Gai. III. 121.... „Quum autem lex Furia tantum in Italia locum habeat, consequens est, ut in provinciis sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fideiussores in perpetuum teneantur, et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistola divi Hadriani hi quoque adiuvari videantur."

c) Diese Sätze wurden dann, was die Theilung betrifft, im Justinianeischen Rechte durch Nov. 99. cap. 1. (auxilium divisionis) und was das sogenannte beneficium ordinis s. excussionis anlangt, durch Nov. 4. cap. 1 modificirt. Besondere Bestimmungen hinsichtlich dieser accessorischen Obligationen waren seit dem Ende der Republik zum Besten der Frauen festgesetzt. So verordnete zuerst August, daß Ehefrauen sich für ihre Ehemänner nicht verbürgen sollten; dann dehnte diese Vorschrift ein SCum Velleianum unter Claudius auf Bürgschaften der Frauen überhaupt aus. [fr. 2. pr. § 1. D. ad SCum Vellei. (XVI. 1.)] Daneben waren einige Ausnahmen zugelassen, welche Justinian wieder bei Bürgschaften der Ehefrauen für ihre Ehemänner in Nov. 134. cap. 8 in der noch jetzt geltenden Weise aufhob.

## Capitel II.

# Aufhebung der Obligationen.

## § 157.

### I. Allgemeine Aufhebungsgründe.*)

1. Solutio.[a]) — 2. Litis contestatio.[b]) — 3. Capitis diminutio.[c]) — 4. Compensatio.[d])

*) Schweppe § 337—341. Walter § 624—628. Heinecc. l. c. III. 30 (29). Puchta III. § 279. 280. Rein S. 769—772. Kuntze I. § 631—638.

---

I. Im Allgemeinen. — Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. I. S. 457. Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. II. S. 10 folgg. — fr. 153. D. de R. I. (L. 17.) Gai. III. 168.

II. Einzelne Arten der Aufhebung.

**a)** Solutio. — 1) Gai. III. 168. pr. I. quib. modis obl. toll. (III. 29.) — 2) Depositio. — Cic. ad fam. XIII. 56. **1305**. Id. ad Attic. V. 21. „Graecis quaerentibus, ut in fano deponerent, postulantibus, non concessi.“ fr. 28. § 1. D. de administr. (XXVI. 7.) —

**b)** Litis contestatio. — **1306**. Gai. III. 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex caussa iudicati teneri; et hoc (est), quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere.“

**c)** Capitis diminutio. — Rein S. 128. Walter § 516. Puchta III. § 280. S. 123. v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. II. S. 81 folgg. — a) Vorjustinianeisches Recht. — α) Capitis diminutio minima. αα) **1307**. Gai. III. 83. „Ecce enim quum paterfamilias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eorum res incorporales et corporales quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo coëmptionatorive acquiruntur, exceptis iis, quae per capitis diminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et *quae continentur* legitimo iudicio.“ — ββ) **1308**. Gai. III. 84. IV. 38. „Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite diminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite diminutus diminutave fuerit, velut mulier per coëmptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendere *possumus* dare eum eamve oportere. Sed ne in potestate eius sit, ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis diminutione, id est, in qua fingitur capite diminutus diminutave non esse.“ fr. 2. § 3. D. de capit. min. (IV. 5.) — β) Capitis diminutio maxima und media. — v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 87. — **1309**. fr. 2. pr. D. de cap. min. (IV. 5.) „Pertinet hoc edictum ad eas capitis diminutiones, quae salva civitate contingunt; ceterum sive amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis diminutio, cessabit edictum, neque possunt hi penitus conveniri. Dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum.“ fr. 7. § 2. 3. D. eod. fr. 30. D. de O. et A. (XLIV. 7.) — b) Justinianeisches Recht. — v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 86. — Tit. D. de cap. minut. (IV. 5.) c. 16. § 2. C. de usufr. (III. 33.)

**d)** Compensatio. — Schweppe § 339. Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. Bd. I. S. 271 folgg. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 547 folgg. Puchta III. § 280. Kuntze I. § 638. Brinz, Die Lehre von der Compensation. 1849. Schwanert, die Compensation nach röm. Rechte. 1870. v. Scheurl, Beiträge N. VII. Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Recht. 1868. (2. Aufl.) Puchta III. § 279. S. 117 ff. Ubbelohde, Ueber den Satz: ipso iure compensatur. 1858. Asher, die Compensation im Civilproc. des röm. Rechts. 1863.

a) Actio cum compensatione der argentarii. — **1310.** Gai. IV. 64. „Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere, ita, ut compensatio verbis formulae comprehendatur; itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dari oportere: ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet." — Gai. IV. 66. — **1311.** Gai. IV. 68. „Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat: deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit: utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit." — Eisele Ztschr. für Rechtsgesch. X. S. 467 ff.

b) Actio cum deductione des bonorum emptor. — **1312.** Gai. IV. 65. „Item sic bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet." Gai. IV. 68.

c) Die compensatio bei bonae fidei iudiciis. — Gai. IV. 61. § 30. I. de actt. (4, 6.) **1313.** Gai. IV. 63. „Iudici tamen horum iudiciorum compensationis rationem habere non ipsis formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur."

d) Die compensatio bei stricti iuris iudiciis. — Dernburg a. a. O. S. 172—190. — **1314.** fr. 2. D. de compens. (16, 2.) Iulianus. „Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare." (Hierzu Rudorff bei Puchta III. § 280. Not. r.) § 30. I. de actt. (4, 6.) „In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti iuris iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur..." — Dernburg a. a. O. S. 188 ff.

e) Justinians Erweiterungen. — c. 14. C. de compens. (4, 31.) § 30. I. de actt. (4, 6.) in f. — Eisele, die materielle Grundlage der exceptio. S. 61 ff. — Schwanert, die Compensation nach röm. Recht. 1870. Eisele, Zur Gesch. der Compensation. Zeitschr. für Rechtsgesch X. S. 465 ff.

## § 158.

## Aufhebungsgründe bei einzelnen Obligationen. *)

1. Nexi liberatio.[a]) — 2. Acceptilatio litteris.[b]) — 3. Acceptilatio verbis.[c])

*) Walter § 625. Schweppe § 340. 341.

---

**a)** Nexi liberatio. (Vergl. oben § 140.)

**b)** Acceptilatio litteris. (Vergl. oben § 142.)

**c) Aufhebung der verborum obligatio. Acceptilatio verbis.** — Keller, Institt. S. 171 ff. Ruggieri, de obligatt. Rom. 1872. p. 523 ss. — 1) **1315.** Gai. III. 169. „Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio, quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: Habeo." — 2) **1316.** Gai. III. 170. § 2. I. quib. mod. obl. toll. (III. 29.) „Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: Quidquid te mihi ex quacunque caussa dare facere oportet, oportebit praesens, in diemve; quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve; quodve tu meum habes, tenes, possidesve, dolove malo fecisti, quo minus possideas; quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? respondit Aulus Agerius: Habeo, acceptumque tuli." v. Savigny, System Bd. V. S. 606. 607. meint, daß diese stipulatio Aquiliana sich nur auf Schulden aus Verträgen und ähnlichen Geschäften bezogen habe, nicht aber auch auf die aus Delicten. Dagegen nimmt Salpius, Novation S. 166 wegen fr. 4. D. de transactt. (2, 15.) „Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit, ipsaque perimitur per acceptilationem, et hoc iure utimur" an, daß auch Obligationen aus Delicten in ihr mitumfaßt gewesen seien, indem der Formel quidquid dare facere oportet eine ganz umfassende consumirende Kraft beigelegt worden sei.

# Viertes Buch.

# Vom Erbrecht.

## Titel I.

## Civilerbrecht.

### § 159.

### Die causae des Erbrechts.*)

Ueberall, wo es sich um den Erwerb eines Rechts handelt, ist der Grund, die causa des Erwerbes das maßgebende Moment, beim Eigenthum eben so wie beim Erwerb der Erbschaft. Das erworbene Recht aber ist überall dasselbe. Der Erbe, der die Erbschaft erworben hat, hat schließlich dasselbe Recht, gleichviel ob er die Erbschaft ipso iure oder durch

*) Auch Brinz, Lehrb. der Pandecten S. 736 ff. geht im Wesentlichen von dem hier befolgten Gesichtspunkt aus und beginnt die Reihenfolge der verschiedenen Erben mit den s. g. Notherben.

Antretung erwarb, und Testamentserbe und Intestaterbe haben nach der Antretung gleiches Recht. Der Unterschied der Erben beruht daher nicht in der Verschiedenheit des erworbenen Rechts, sondern nur auf der verschiedenen causa, aus der sie Erben geworden sind, auf den Grund ihrer Erbberechtigung.

Der Grund der Erbberechtigung ist aber nach der Ansicht der römischen Juristen ein dreifacher, und sie bezeichnen die Erben je nach den verschiedenen Gründen ihrer Erbberechtigung auch mit verschiedenen Namen, als: domestici heredes; testamentarii heredes, und heredes ab intestato. Es ist kein anderer Grund dieser Unterscheidung, als die Verschiedenheit der causa ihres Erbrechts. Mir scheint nun aber kein Grund vorhanden zu sein von dieser Dreitheilung abzugehen und nur zwei Gattungen von Erben, testamentarii heredes und heredes ab intestato anzunehmen und in dem Erbrecht der domestici heredes nur eine besonders qualificirte Gattung von Intestaterbrecht zu sehen. Die causa ihres Erwerbs ist dieselbe, gleichviel ob sie testamentarii heredes sind, oder ob sie einen ohne Testament verstorbenen parens beerben.

Denn selbst bei dem testamentarischen Erbrecht genügt es nicht, daß der suus überhaupt zum Erben im Testamente eingesetzt ist, sondern er muß als suus, als domesticus heres eingesetzt sein. Es muß über die domestice hereditas verfügt sein, gleichviel ob durch Institution der sui oder durch deren Exheredation. Eine letztwillige Verfügung, die bei Vorhandensein von suis über deren domestica hereditas nicht verfügt, ist im Sinne des älteren Rechts überhaupt keine wirksame Verfügung. (Gai. II. 140. 141. 142.) Der Grund ihres Erwerbes ist der Tod des Erblassers; der Grund des Erwerbes aller übrigen Erben dagegen ist die Antretung der angebotenen Erbschaft; die domestici werden Erben, weil der Erblasser gestorben ist; die extranei dagegen, weil sie angetreten haben.[1]) Ob sie im Testamente eingesetzt sind oder der Erblasser ohne Testament gestorben ist, ändert an diesen Gründen ihres Erbrechts nichts. Sie sind Testaments- und Intestaterben eigener Art.[2]) Immer wird hierbei die Hauptfrage die bleiben: Weßhalb trat ihr Erbesein ipso iure ein?[3])

---

1) Köppen, Syst. des heutigen römischen Erbrechts S. 257: „Wie diese (die sui) die Erbschaft, so erwerben die extranei das Erbrecht ipso iure." Vering, Röm. Erbrecht. S. 373 ff.

2) **1317**. fr. 2. pr. D. unde legit. (38, 7.) Ulp. „Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas, idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi." Vergl. zu dieser Stelle: Leist, die bon. poss. Bd. I. S. 202. Not. 5. und Bd. II. S. 245. — Die N. 1325. citirten Stellen bei Gaius (II, 140—142) beweisen, daß das Erbrecht der domestici heredes ein Erbrecht eigener Art war, über welches verfügt sein mußte, wenn das Testament bestehen sollte. War A als extraneus eingesetzt, so war über dieses Erbrecht, über die domestica hereditas, in einem solchen Testamente nichts verfügt. Durch die spätere Arrogation des A wurde natürlich diese frühere Verfügung über eine non domestica hereditas nicht zu einer Verfügung über eine domestica, denn dieß war sie im Augenblick des Testaments eben nicht gewesen. Durch die Arrogation des A ist aber ein domesticus heres vorhanden, über dessen domestica hereditas verfügt sein mußte. (Nach Lasalle in seiner Theorie der erworbenen Rechte „besteht die Bedeutung des römischen Testaments nicht in der Verfügung über das Vermögen, sondern in der Hervorbringung einer Willenscontinuität. Das Vermögen ist nur Accessorium des Willens; beides kann und muß vollkommen getrennt werden können. Der suus ist der Erbe und Fortsetzer eines Willens, mit dem er schon vorher identisch war; er ist nicht eines fremden, sondern seines eigenen Willens Erbe und Fortsetzer und wird darum auf das richtigste suus heres genannt, sein eigener Erbe, Erbe und Fortsetzer seiner selbst. Im prätorischen Rechte ist die Erbschaft bloße Vermögenserwerbung; die bonorum possessio verhält sich zur hereditas, wie das Legat zur Erbeseinsetzung.")

3) Gerade diese Eigenthümlichkeit des Erbrechts der domestici heredes scheint mir

## Capitel I.

## Die domestica hereditas.

### § 160.

### I. In ihrer ältesten Erscheinung.

Das Erbrecht der sui oder domestici heredes hat zwei Eigenthümlichkeiten; einmal, daß es nur beseitigt werden kann durch exheredare und dann, daß die sui stets ipso iure Erben sind, gleichviel ob ihr Hausvater mit oder ohne Testament verstarb. Sie werden daher bezeichnet als sui et necessarii. [1]

I. Der Grund dieses Erbrechts. — Dieses besondere Erbrecht in beiderlei Beziehung leiten die römischen Juristen, wo sie sich ausdrücklich über den Grund dieser Eigenthümlichkeit aussprechen, aus dem Grunde ab: weil die sui ein besonderes Erbrecht hätten d. h. weil sie domestici heredes seien, und erklären diese Besonderheit ihres Erbrechts dadurch, daß sie schon vivo quoque parente quodammodo domini der res familiaris gewesen seien; also eigentlich nicht ein neues Recht erst erwürben, sondern ein ihnen schon zustehendes, bisher durch die fehlende Administration beschränktes Recht durch den Tod des paterfamilias nunmehr zum unbeschränkten werde. [2] Also domestici heredes im Gegen-

---

durch die Auffassung Francke's und Schmidt's (§ 160.) nicht erklärt werden zu können, wenn man annimmt, daß das s. g. Notherbrecht der sui ein Erzeugniß der Jurisprudenz sei. Hiergegen scheint mir aber — um dieß beiläufig zu bemerken — vor Allem die Bestimmung der zwölf Tafeln: „si suus nec escit" zu sprechen. Dann aber auch noch, daß das Centumviralgericht bei der querela inofficiosi gerade die verletzte Pietät als Grund derselben annimmt und deßhalb parentes und liberi hierin gleichstellte. Von diesem Gesichtspunkt aus konnte wohl das Notherbrecht der Nov. 115 construirt werden, aber sicher nicht der Satz, daß die sui nicht blos necessarii heredes seien (als unter potestas Stehende), sondern auch ipso iure Erben würden. Durch die Lieblosigkeit können parentes und liberi sich gegenseitig verletzen und es kann deßhalb ein Testament für nichtig gelten, aber die Folge würde immer nur die sein, daß ihnen nunmehr der Nachlaß als Intestaterben deferirt wäre, nicht aber auch, daß sie ipso iure Erben würden.

[1]) Gai. II. 152. „Heredes aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei." — (Die Sclaven werden durch den Willen des testirenden Herrn zu necessarii heredes gemacht; die sui dagegen sind necessarii auch ohne den Willen des paterfamilias, aber der Wille desselben kann ihnen diese Eigenschaft entziehen.) Ueber die Bezeichnung suus heres vergl. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts. I. S. 66. Not. 7 und die da Citirten. Dazu noch Griesinger, Gesch. und neue Theorie der Suität. 1807. S. 25 ff.

[2]) **1318**. Gai. II. 157. „Sed (a) sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum: (b) necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo* sive* velint, sive* nolint, tam* ab intestato quam ex testamento heredes fiunt." **1319**. fr. 11. D. de lib. et post. (28, 2.) (Paul. ad lib. II. ad Sabinum.) „In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat." — **1320**. Coll. XVI. 3. § 6. [Paulus libro sententiarum IV. sub titulo de intestatorum successionibus.] „Suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoribus pu-

satz zu allen andern Arten der heredes sind sie unzweifelhaft, denn bei dieser Bezeichnung ist von keinem „quodammodo“ oder dergleichen die Rede, sondern es wird einfach gesagt: quia domestici heredes sunt. Der Ausdruck domesticus heres muß aber eine technisch juristische Bedeutung gehabt haben, da dieser Eigenschaft bestimmte sich von selbst verstehende rechtliche Wirkungen zugeschrieben werden. Es fragt sich also nur, was aus dieser Eigenschaft folgt, und dann weshalb aus dieser Eigenschaft diese eigenthümlichen Folgen sich ergeben. Diesen Grund des eigenthümlichen Erbrechts stellen die Juristen aber, die ihn erwähnen, nicht als einen Erklärungsversuch dieser Eigenthümlichkeit auf, sondern als Etwas, an dessen Richtigkeit nicht zu zweifeln sei (evidentius apparet).

Zunächst wird man also bei dieser Erklärung stehen bleiben müssen, wenn nicht aus andern Gründen die Unrichtigkeit dieser Auffassung zweier so bedeutender römischen Juristen, wie Gaius und Paullus, nachgewiesen werden kann.

Gegen diese Auffassung des Wesens der domestica hereditas hat sich zunächst Francke[3]) und nach ihm Mühlenbruch[4]) erklärt. Francke meint, die Lehre von der Nothwendigkeit der Exheredation der sui sei, wie auch Justinian dieß thue (c. 4. C. de lib. praet. 6, 28) der vetus iurisprudentia zuzuschreiben d. h. einer unter dem Einfluß der Rechtsgelehrten sich bildenden Praxis aus der Zeit der Republik.

Was hierbei zunächst die Berufung auf Justinian's Ansicht anlangt, so kann, meiner Meinung nach, dieß keines Falls aus dieser Stelle entnommen werden. Justinian schreibt keineswegs den Satz, daß sui exheredirt werden müßten, um deren Erbrecht aufzuheben, der vetus iurisprudentia zu, sondern nur gewisse „antiquae subtilitates“ ganz bestimmter Art, die durch die Juristen bei dem Notherbrecht der sui eingeführt worden seien. Nur diese schreibt er der vetus iurisprudentia zu, nicht aber die Nothwendigkeit der Exheredation. Er schreibt der vetus iurisprudentia nur zu die Unterschiede bei der Exheredation der masculi und feminae. Er setzt also den Grundsatz als einen zur Zeit der vetus iurisprudentia schon bestehenden voraus, indem er annimmt, daß die Jurisprudenz subtilitates bei ihm eingeführt habe (qui tales differentias inducunt), die dem älteren Rechte fremd gewesen seien.

Bedenklicher möchte das zweite Argument Francke's gegen jene Erklärung des Grun-

---

pillo, nec furioso curator sit necessarius, nec si forte solvendo *non* sit hereditas: quamvis etiam furiosus, si resipuerit, et pupillus, si adoleverit, abstinere possint.“ — Ganz ähnlich verhält es sich mit der patria potestas, wenn der Vater selbst filiusfamilias war. Weil der filiusfamilias nichts in eigener Gewalt haben kann, übt dessen paterfamilias die patria potestas aus, seine Ausübung ist suspendirt. Mit dem Tode seines paterfamilias fällt nur dieß Hinderniß weg und die patria potestas des filiusfamilias wird frei. Man könnte hier ebenfalls in gewissem Sinne sagen, er erwirbt sie ipso iure mit dem Tode seines Vaters. Auch bei nichtjuristischen Schriftstellern kommt der Ausdruck domestici heredes vor als ein wohl allgemein geläufiger. Plin. Paneg. c. 37. (§ 59. N. 511.) Leist, Fortsetzung von Glück's Comment. Thl. I. S. 212 ff. verwahrt sich gegen die wörtliche Auffassung der continuatio dominii gewiß mit Recht, denn dagegen spricht schon das quodammodo. Daß aber durch dieses „quodammodo“ angedeutet werde, daß es sich nicht um ein festes juristisches Princip, sondern nur um einen Aequitätsgrundsatz handele, scheint mir daraus nicht abgeleitet werden zu können. Das juristische Princip (quia) ist die Stellung der sui in der domus, und der Inhalt dieses daraus fließenden Rechtes wird ein modificirtes (quodammodo) Miteigenthum genannt.

3) Francke, das Recht der Notherben S. 16 ff. — 1321. Die c. 4. C. de lib. praet. (6, 28.) sagt: „Nam hoc corrigentes (sc. alia iura observanda in successione parentum .. in masculis, et alia in feminis) maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observantiam colere manifestissime visi sunt. Scimus etenim, antea simili modo et filium, et filiam, et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere concessum.“ — Dazu noch § 5. I. de exher. lib. (2, 13.) „.. lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter (sc. masculi et feminae) ad successiones ab intestato vocabantur...“

4) Mühlenbruch in Glück's Commentar XXXVI. S. 145.

des des s. g. formellen Notherbrechts der sui sein, welchen Gaius und Paulus anführen. Daß nämlich von einem wahren, vollen condominium der Kinder in väterlicher Gewalt bei Lebzeiten des Vaters keine Rede sein kann, ist unzweifelhaft. Unsere Stellen, daß sie „quodammodo" domini seien, deuten aber auch genügend an, daß sie dieß nicht sagen wollen. Sie deuten sogar genugsam das an, was eben an dem wahren und vollen condominium fehlt, nämlich die libera administratio, welche allein der Vater habe, und in Folge deren er inter vivos und mortis causa über das Familiengut durch Emancipation und Exheredation verfügen kann. In diesem Sinne kann auch Gaius II. 96. von den Kindern in potestate sagen, daß „istarum personarum nihil suum esse possit," während umgekehrt eben der freien Verfügung wegen in dem Decret der Decurionen von Puteoli das superficiarische aedificium als ein „suum" des Superficiars bezeichnet wird, obgleich die Stadt Eigenthümerin ist.[5] So sagt Ulpian[6] von der dos profectitia der filia sua geradezu: „ipsius (sc. patris) et filiae dos est", und Paulus[7], daß diese dos „communis patris et filiae" sei. Selbst Justinian sagt noch von dieser dos, sie sei quasi patrimonium proprium der filia gewesen.[8])

Der Ausdruck, daß die sui quodammodo domini gewesen seien, hat also durchaus nichts Unerhörtes oder geradezu juristisch Widersinniges. Gerade aber die Nothwendigkeit der Exheredation, als des Mittels dieses quasi dominium aufzuheben, leitet Paulus aus dieser continuatio dominii her, nicht aber den Umstand, daß sie ipso iure Erben werden, obgleich auch dieser aus demselben Grunde folgt. Er will nur die Möglichkeit des exheredare (quod licet exheredare) gegen den Einwand rechtfertigen, daß man ihnen, wenn sie wirklich schon bei Lebzeiten des Vaters Miteigenthümer des Familienguts gewesen wären, dieses ihr Recht nicht habe entziehen können. Wäre aber nun wirklich, wie Francke annimmt, die Exheredationspflicht der Praxis der vetus iurisprudentia zuzuschreiben, so wäre die ganze Argumentation des Paulus völlig unerklärlich. Denn, wäre wirklich wegen des Satzes: Uti legassit etc. anfänglich eine Exheredation nicht nöthig gewesen, so hätte Paulus die Frage aufwerfen müssen: Wie kommt es, daß man exheredire muß? nicht aber die Frage: Wie kommt es, daß man exherediren darf? Gerade diese von Paulus aufgeworfene Frage spricht recht deutlich gegen die Annahme derer, welche annehmen, daß seit dem Aufkommen des schriftlichen Mancipationstestamentes mit seinem geheimen Inhalte das Bedürfniß entstanden sei, die Familie durch ein System von Exheredationsgründen zu schützen, wie z. B. Kuntze, Cursus I. § 835 annimmt.

Wenn Francke a. a. O. S. 17 sich endlich beruft auf fr. 120. D. de V. S. (50, 16.) „Verbis duodecim tabularum his: Uti legassit suae rei ita ius esto, latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata et libertates dandi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium," so braucht man um dieses Argument zu widerlegen nur zu bemerken, daß Pomponius in dieser Stelle nur von einer latissima potestas instituendi, legata et libertates dandi spricht, nicht aber von einer latissima potestas exheredandi. Daß jene coangustata est durch interpretatio und leges, bedarf wohl kaum der Erwähnung.[9]) Ueberall wird in gleicher Weise nur über diese libertas bei Erwähnung des Satzes: Uti legassit etc. gesprochen, die

5) Degenkolb, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. IV. S. 485. („usus et fructus potestasque aedificii sui..") Aehnlich in der von Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 224 angeführten Inschrift „aedificium meum". — Man sieht eben, daß die freie Verfügung über eine Sache als der Hauptbestandtheil des Eigenthums angesehen wurde.

6) fr. 2. § 1. D. solut. matrim. (24, 3.)

7) fr. 3. D. eod. (24, 3.) — Bechmann, das röm. Dotalrecht. I. S. 299. Rudorff, Zeitschr. für Rechtsg. XI. S. 73. Not. 23.

8) c. un. C. de rei uxor. act. (5, 13.)

9) Schmidt, Das formelle Recht der Notherben S. 7. Not. 13.

libertas exheredandi wird nirgends aus diesem Satze hergeleitet. [Gai. II. 224. — pr. I. de exher. (2, 13.)]

Einen ganz anderen Weg das formelle Recht der Notherben zu erklären hat Schmidt[10]) eingeschlagen. Auch er geht von dem Satze aus, daß das Notherbrecht wesentlich durch die Jurisprudenz eingeführt sei, und sieht die ersten Anfänge dieser Thätigkeit der Jurisprudenz in der Aufstellung des Satzes: postumi agnatione testamentum rumpitur. Nach allmählicher Ausdehnung dieses Satzes auf solche, welche blos postumorum loco waren, sei man schließlich zur Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung der vorhandenen sui heredes gekommen. Die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses leitet dann Schmidt aus der Anforderung her, daß der paterfamilias über die sui heredes ein Urtheil ausspreche, entweder sie ehrend durch den honor der Erbeinsetzung oder sie für unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung. — Giebt man nun überhaupt den Satz zu, daß das formelle Notherbrecht erst durch die Jurisprudenz eingeführt sei, so scheint der von Schmidt angedeutete Weg wohl der natürlichste. Allein wegen der unten näher zu prüfenden Stelle des Gaius (II. 140. 141.) scheint mir der Grund bedenklich, aus dem Schmidt das Erforderniß der Einsetzung oder Enterbung der sui herleitet.

Auch Köppen[11]) geht davon aus, daß das Notherbrecht ein Erzeugniß der Jurisprudenz sei. Der Anfang dieser Doctrin sei durch das schriftliche Testament hervorgerufen, weil bei ihm die Garantie weggefallen sei, welche im mündlichen darin gelegen habe, daß die Zeugen Gelegenheit gehabt hätten, wo sie den Vorzug eines instituirten Erben für nicht gerechtfertigt gehalten hätten, den Testator zur Prüfung der Gründe zu veranlassen, aus welchen er seinen suus dem eingesetzten Erben nachsetzen zu müssen glaube. Damit habe eine Garantie existirt, daß keinem der ernannten Erben der Vorrang vor dem suus gegeben werde, der nicht zuvor eine zu seinen Gunsten ausschlagende Vergleichung mit diesem bestanden hätte.

---

[10]) Schmidt a. a. O. S. 6. — Schmidt S. 3. 4. beruft sich für den Satz, daß früher die sui auch stillschweigend von der Erbschaft ihres Vaters hätten ausgeschlossen werden können, auf den Satz der zwölf Tafeln: Ubi legassit suae rei, ita ius esto, indem er sagt: „Der in der Form des legare ausgesprochene letzte Wille entscheidet absolut über den Nachlaß. Daraus folgt, daß die Intestaterben dann ausgeschlossen sind, wenn das Testament von ihnen schweigt. Dieser Satz trifft alle Intestaterben, also auch . . die sui heredes." Hiergegen bemerke ich von meinem Standpunkte aus Folgendes: 1) Nach Schmidt (S. 3. Not. 2) soll fr. 120. D. de V. S. (50, 16.) die Ansicht derer widerlegen, die ein Notherbrecht schon zur Zeit der zwölf Tafeln annehmen. Er citirt hierfür Francke a. a. O. Gegen dessen Ansicht über die Bedeutung dieser Stelle s. das oben im Text Ausgeführte. — 2) Aus dem Satz: Uti legassit etc. scheint mir die oben abgedruckte Folgerung Schmidt's nicht mit Nothwendigkeit zu folgen. — a) Zunächst findet sich in unserm Recht keine Stelle, aus der die libertas tacite exheredandi, wenn auch nur für das älteste Recht historisch dieß erwähnend, abgeleitet würde. Ueberall wird daraus nur die libertas instituendi, legata dandi etc. hergeleitet. (Ulp. XI. 14. Gai. II. 224. pr. I. de lege Falc. (2, 22.) fr. 120. D. de V. S. (50, 16.) Nov. XXII. c. 2. pr.) — b) Schmidt (S. 3. Not. 1) sagt ganz richtig: „legare sei nicht jedes Wollen gewesen, sondern nur das an bestimmte Erfordernisse gebundene." Daß aber die Institution oder Exheredation der Notherben kein solches Erforderniß des legare, und folgeweis eines testamentum iure factum gewesen sei, wäre eben erst noch zu beweisen. Es ist dieß, meiner Ansicht nach, ein Erforderniß der s. g. innern Form des Testamentes, und auch diese Form kann zum gültigen legare eben so gut gehört haben, wie die verba imperativa und dergl. Aus dem Satz: Uti legassit etc. scheint mir also nicht geschlossen werden zu können, daß man die sui heredes stillschweigend habe ausschließen dürfen. Man wird daher 3) wohl nur aus diesem Satze: Uti legassit etc. auch die Freiheit des exheredare, aber nicht die des praeterire folgern können. Denn wenigstens die classischen Juristen gehen von der Ansicht aus, daß über die domestica hereditas, gleichviel ob instituendo oder exheredando, etwas verordnet sein müßte, eine stillschweigende Anordnung kennt das ius strictum nicht (§ 159) und doch wäre das praeterire eine stillschweigende Ausschließung.

[11]) Köppen, System des heut. römischen Erbrechts S. 96 ff.

Ich muß gestehen, daß mir diese Thätigkeit der Zeugen bei dem Mancipationstestament im Allgemeinen schon sehr zweifelhaft, bei den beiden ältesten Testamenten, dem in calatis comitiis und in procinctu, aber geradezu unmöglich erscheint. Außerdem aber scheint mir auch gegen diese Ansicht vor Allem wieder Gai. II. 140. 141. zu sprechen.

Es würde zu weit führen alle die Zweckmäßigkeitsgründe im Einzelnen zu prüfen, welche die Ausbildung des Notherbrechts herbeigeführt haben sollen. Es mag daher der Versuch gemacht werden, die Entwickelung des Notherbrechts von dem Grunde ausgehend darzustellen, den uns Gaius und Paulus an die Hand gegeben haben.

Ich fasse, um gleich von vornherein meinen Standpunkt festzustellen, meine eigene Ansicht in folgende Sätze zusammen: Das Erbrecht der sui ist ein eigenthümliches und steht ihnen zu, weil sie domestici heredes sind. Selbst als Intestaterben sind sie nicht unter den legitimi heredes primo loco gerufen, sondern ihr Intestaterbrecht wird als auf einer besondern causa beruhend hergeleitet, die causa ihres Intestaterbrechts ist prima.[11a] Domestici heredes waren sie aber von jeher, und in älterer Zeit in eminenterem Sinne, als später. Die Eigenthümlichkeit der domestica hereditas bestand aber darin, daß die domestici schon bei Lebzeiten des Vaters ein beschränktes Recht an der res familiaris als Glieder der familia, als Insitzer eiusdem domus, hatten. Während also alle übrigen Erben die res familiaris erst durch ihr Antreten der Erbschaft erwerben, erwerben die sui nicht erst jetzt die res familiaris, sondern ihr beschränktes Recht an derselben wird nur durch den Tod des Vaters und zwar unmittelbar (ipso iure) ein unbeschränktes. [fr. 11. D. de lib. et post. (28, 2.) fr. 14. D. de suis et legit. (38, 16.)]

Da die sui hiernach schon Antheil am Hausgute haben, so kann zwar der Vater kraft seiner libera administratio unbeschränkt über einzelne Rechte (iura singula) dieser res familiaris verfügen, ohne erst das Recht der Kinder an diesen einzelnen Sachen besonders und ausdrücklich aufzuheben, aber das Recht am Familiengut als solchem d. h. dem Vermögen als Ganzem im Gegensatz zum ganzen Vermögen kann er potentiell nur aufheben entweder inter vivos, indem er den suus aus der familia entläßt d. h. durch emancipatio, oder mortis causa, dadurch, daß er ihn exheredirt. Es giebt keine Form, durch die er die potentielle Theilnahme an der res familiaris den suis entziehen könnte, bei der sie aber dennoch als Familienglieder in der familia blieben. Die Theilnahme an der res familiaris ist nicht denkbar ohne Theil der familia zu sein, aber auch umgekehrt kann man nicht Theil der familia sein ohne zugleich auch Theilnehmer an der res familiaris zu sein, wenn auch als verschieden Berechtigter. Es ist nicht möglich, daß der Vater z. B. dem Sohne diese potentielle Theilnahme am Familiengute entzöge, um ihn nicht in der Classe des Vaters abstimmen zu lassen oder dergl. Erst nach aufgelöster Familie, gleichviel ob durch emancipatio oder durch Tod des Vaters, erlischt und kann erlöschen jene potentielle Theilnahme an der bisherigen res familiaris, an dem, gleichviel wie groß oder klein gewordenen, Familienvermögen. Der Vater kann daher, wenn seine familia sich in mehrere auflöst, im Testament die Quoten der Theilnehmer an der res familiaris festsetzen, aber sie nicht in partes quantae auflösen; er würde dadurch den suis ihr Recht am universum ius entziehen und ihnen statt dessen ein Recht an gewissen singula iura geben.

II. Die res familiaris in ihrer geschichtlichen Entwickelung. — Der älteste durch den Staat selbst verliehene Grundbesitz waren bekanntlich jene viel besprochenen bina iugera[12]), die das alte heredium bildeten.[13]) Den Namen heredium hatten sie nach

[11a]) Gai. II. 157. „. . si quis intestatus mortuus est, prima causa est in successione liberorum. .“ Ulp. XXVI. 1 giebt nur die Reihenfolge der Intestaterbclassen an, ohne sich über die verschiedene causa des Erbrechts der verschiedenen Intestaterben auszusprechen.

[12]) Vergl. über die hier einschlagende Litteratur oben § 18 Not. b.

[13]) Die hierher gehörigen Stellen § 18. Not. b. — „Loca hereditaria“ Blume l. c. Bd. I. p. 226, 7.

Varro de R. R. I. 10. (§ 18. N. 157.) „quod heredem sequerentur", und durch die Notiz bei Siculus Flaccus[14]) wissen wir, daß sie den nominibus, d. h. für die früheste Zeit den familiae, erb- und eigenthümlich assignirt waren, ganz so wie nach Roscher[15]) es in jedem Mittelalter zu sein pflegt. Zum Eigenthum waren also die heredia nicht dem bestimmten Einzelnen, sondern dem nomen assignirt. Sie bilden also im eigentlichsten Sinne das Familiengut, die res familiae, res familiaris. Und als sich später das heredium im Sinne von Familiengut nicht mehr auf die alten bina iugera beschränkte[16]), sah man auch in jenen Erweiterungen nur eine Erweiterung der res familiae, und man bestimmte den Census der Familienglieder, nicht nach dem Antheil des Einzelnen, etwa nach Quoten der res familiaris, sondern nach der Gesammtheit des Familienvermögens, und Söhne und Enkel stimmten in der Classe des Vaters,[17]) d. h. sie stimmten als Inhaber des Familienguts, wenn ihnen auch die Verfügung darüber fehlte. Hätte man sie für vermögenslos gehalten, so hätten sie in gar keiner Classe stimmen können.

Alle diese Einrichtungen ältester Zeit sind aber basirt auf dem Gedanken, daß der eigentliche Grundbesitz, und Alles, was damit zusammenhängt, der Stamm des ältesten Vermögens, das Familiengut sei, daß die filii also quodammodo domini schon vivo patre seien. Sie haben das Recht, und wenn sie nach des Vaters Tode Erben werden, so ist es genau wie Paulus sagt, eine continuatio des freilich vorher beschränkten dominii. Gegenstand und Art ihres Erbrechts ist daher völlig verschieden von dem Erbrechte anderer Erben. Die filii erben nur die libera administratio, alles Andere hatten sie schon vorher. Glied der familia und nicht auch zugleich quodammodo dominus des Familienguts zu sein, war nicht denkbar. Immer aber ist die res familiaris, wegen der freien Administration, sua res des Vaters. (Not. 5.) Ist dann durch Lösung der familia das unzertrennliche Band gelöst, das zwischen Familienglied und res familiaris besteht, so kann nunmehr der Vater nach dem Satze: Uti legassit suae rei etc., für den Fall der Lösung durch seinen Tod, frei darüber verfügen. Aber das Hauskind hat, wenn ihm sein Theil nicht entzogen wird, nunmehr seine Quote der res familiaris ipso iure.

Das ius strictum kennt aber keinen Willen aus einer bloßen Folgerung, denn „stillschweigend wollen" ist für das ius strictum: „nichts wollen". (Vergl. hierzu namentlich Ihering II. 2. S. 476 ff.) Aus der bloßen Einsetzung eines extraneus mit Uebergehung des suus kann zwar gefolgert werden, daß der suus nicht Erbe, daß sein quasi dominium

14) Siculus Flaccus de condicione agrorum p. 154. (ed. Lachmann.) „dividuntur ergo agri limitibus institutis per centurias, assignantur viritum nominibus." (§ 18. N. 166.) Hierzu Rudorff, die Schriften der röm. Feldmesser. Bd. II. S. 302 ff. — Daß „nomen" vielfach gleichbedeutend ist mit gens, darüber Schwegler, Röm. Gesch. Bd. II. S. 82. Not. 4. Daß endlich die gentes aus den familiae erwachsen sind, hat Lange, Röm. Alterthümer Bd. I. § 40 nachgewiesen. Nomen umfaßt von diesem Gesichtspunkte eben beides: familia und gens.

15) Roscher, Nationalökonomie § 83. „Während jedes Mittelalters pflegt auch übrigens vom Privatgrundbesitze nicht blos der Einzelne, sondern zugleich die Familie als Eigenthümer zu gelten." Auch Fustel de Coulange, La cité antique p. 83—101 nimmt dasselbe an aus sacralen Gründen. Er nimmt an, daß „nach der religiösen Ansicht aller Arier alles Eigenthum der Familie als solcher gehöre, und daß der Tod nur den Personenwechsel der Besitzer zur Folge habe. Da der Haussohn absolut verpflichtet war die sacra zu unterhalten, so war er suus et necessarius."

16) Schwegler a. a. O. I. S. 451. II. 413.

17) **1322.** Liv. XXIV. 11. „consules . . edixerunt: ut qui L. Aemilio, C. Flaminio censoribus, millibus aeris quinquaginta ipse aut pater eius census fuisset. . ." Id. XLIII. 16. XXXIX. 3. Paul. Diac. v. „Duicensus". (S. oben Bd. I. S. 23. N. 111.) — Es ist gewiß richtig, wenn Christiansen, Röm. Rechtsgesch. S. 120 sagt, daß „das Vermögen durch seine Eigenthümer stimmte".

aufgehoben sein soll, aber es ist nicht gesagt, daß der Anspruch entzogen sein soll, und deßhalb auch nicht exheredirt. Das eigenthümliche Erbrecht des suus muß aber beseitigt, sein Recht muß aufgehoben sein durch wörtliche Bestimmung (verbis). Die Einsetzung von extranei unter Ausschließung der sui kann daher logisch erst geschehen, nachdem das domesticum ius beseitigt ist, [18]) und zwar beseitigt ist unter der ganz bestimmten Form: exheres esto, denn selbst der manifestissimus sensus des Testators genügte nach dem ius strictum nicht. [19])

Auch für die postumi d. h. alle nach Errichtung des Testaments in die väterliche Gewalt des Erblassers Gekommenen galt anfänglich und mußte gelten ganz dasselbe wie für die, die schon bei Errichtung des Testaments in der patria potestas standen, natürlich nur für die beim Tode des Familienhauptes mindestens schon in utero seienden. [20])

Die Regel war daher bis zu den Umwandlungen durch die Jurisprudenz ganz allgemein und ausnahmslos, daß das Erbrecht der sui 1) die prima causa des Erbrechts war und auf der Gemeinsamkeit der familia, des domus, beruhte, da es Jemandem nur deßhalb zusteht, weil er domesticus heres ist; und 2) daß dieses allen andern Erbberechtigungen vorgehende Erbrecht nur durch Exheredation beseitigt werden kann, gleichviel ob der domesticus heres ein filius, eine filia oder ein nepos war, aber 3) genügte auch die Exheredation, selbst die inter ceteros geschehene. [21])

In diesem Sinne ist eben das Erbrecht der sui wirklich prima causa (Gai. II. 157), sowohl dem testamentarischen, als dem Intestaterbrecht gegenüber. Aus ihrer Eigenschaft als domestici heredes leitet daher Gaius auch ihre Stellung beim Intestaterbrecht her („quodammodo domini existimantur, unde etiam, si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum“). Es ist nicht die Nähe der Verwandtschaft, wie beim agnatus proximus, nicht der primus locus, sondern die prima causa, aus der sie vor Allen die Erben des ohne Testament gestorbenen Vaters werden. Es ist überall dasselbe besondere Erbrecht, über welches ausdrücklich verfügt sein muß, wenn es nicht wirken soll.

Selbst beim testamentarischen Erbrecht genügt nicht die Einsetzung der Notherben, sondern ihre Einsetzung ist nur gültig, wenn sie als Notherben, als domestici heredes eingesetzt sind, [22]) ein Satz, der wegen des favor testamentorum erst durch die spätere Juris-

---

18) **1323.** fr. 3. § 2. D. de lib. et post. (28, 2.) „. . si ita eum (sc. filium) exheredaverit: Quisquis mihi heres erit filius, exheres esto“ . . „Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit (i. e. dixit) eum summotum, quod est impossibile.“ — Voigt, Ius nat. III. S. 79. — Francke a. a. O. S. 59.

19) c. 3. C. de lib. praeter. (6, 28.)

20) Francke a. a. O. S. 20 ff. — fr. 3. D. si pars hered. (5, 4.) „Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent...“ (Paulus.) — v. Vangerow, Pand. § 468. Anm. 1. — Sie konnten als incertae personae natürlich nicht instituirt werden, aber nach dem Satze: Nasciturus, si de eius commodo agitur, pro iam nato habetur, mußte zu seinem Vortheil angenommen werden, daß er beim Tode des Familienhauptes schon Mitglied der familia gewesen sei. fr. 84. D. de acq. hered. (29, 2.)

21) **1324.** c. 4. C. de lib. et praeter. (6, 28.) (Iustinianus.) „Nam hoc corrigentes (sc. alia iura observanda in successione parentum . . . in masculis, et alia in feminis) maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observantiam colere manifestissime visi sunt. Scimus etenim, antea simili modo et filium et filiam inter ceteros exheredatos scribere concessum.“ —

22) **1325.** Gai. II. 140. „Nec prodest sive haec (sc. post factum testamentum uxor in manum conveniens), sive ille, qui (sc. post factum testamentum) adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave: nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerit.“ — 141. „Filius quoque, qui ex prima secundave manci-

prudenz beseitigt wurde.[23]) Es ist aber nicht der Satz beseitigt worden, daß agnatione postumi rumpitur testamentum, sondern nur der Satz, daß die der agnatio vorausgegangene Institution nicht genügen solle.

Wie erklärt sich nun der Satz: Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium . . . eius testamentum rumpitur. — — Nec prodest, sive haec sive ille ... in eo testamento sit institutus institutave? Warum wird trotz der vorhandenen Institution des Notherben hier dennoch das Testament rumpirt? Offenbar doch nur deßhalb, weil die causa des Erbrechts eines suus, gleichviel ob er instituirt ist oder der Vater ohne Testament verstarb, eine andere ist, als die des Nicht-suus. Der Vater hatte vor der agnatio über eine non domestica hereditas verfügt, während er nach der agnatio über eine domestica hereditas verfügen mußte, wenn er gültig instituiren oder exheredire wollte, denn auch die exheredatio ist bei der non domestica hereditas eine res inepta.

Man wird endlich nach den Aeußerungen unserer Quellen wohl folgenden Gang der Entwickelung des Erbrechts annehmen dürfen:

Vor den zwölf Tafeln gab es nur zwei Arten des Erbrechts, das Erbrecht der domestici heredes, der sui, und das testamentarische Erbrecht, denn nach Ulpian (XXVII. 5. § 163. N. 1341.) ist das Erbrecht der legitimi heredes erst durch die Zwölftafelgesetzgebung eingeführt und das testamentarische durch sie bestätigt. (fr. 130. D. de V. S. (50, 16.) § 163. N. 1342.) Das Erbrecht der legitimi mußte erst geschaffen werden, während das Recht der sui auf den Nachlaß sich von selbst aus dem Wesen der alten familia ergab. Es genügte daher auch zu sagen: „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto", und es scheint mir, daß uns in den 3 Sätzen der 5. Tafel der zwölf Tafeln die ganzen Bestimmungen über das Erbrecht erhalten sind. 1) Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto. — 2) Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. — 3) Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

## § 161.

## II. Die Umwandlungen durch die Jurisprudenz und spätere Gesetze.

Daß jenes alte ausnahmslose Recht der sui und suae im Laufe der Zeiten und durch die allmähliche Umwandlung der Rechtsanschauung und die Veränderung der Lebens- und

patione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus vel exheredatus fuerit." — 142. „Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset: nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omnimodo quasi adgnatione rumpebat testamentum." — 143. „Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aeque ut olim omnimodo rumpit testamentum, si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur, quo tempore iam revocari non possunt."

[23]) **1326**. fr. 18. D. de iniusto (28, 3.) Scaevola. „Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit." — fr. 23. § 1. D. de lib. et post. (28, 2.) Papinianus. „Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur."

Rechtsverhältnisse in seiner alten Strenge für eine andere Zeit nicht mehr passen wollte, liegt in der Natur der Sache. Nicht die Gesetzgebung aber griff helfend ein, sondern sie überließ zunächst der Jurisprudenz, die neuen Anschauungen mit dem Gesetz und dem alten Recht in Einklang zu bringen.

Zwei neuere Grundsätze waren es aber, welche mit den der Jurisprudenz zustehenden Mitteln dem alten Rechte gegenüber zur Geltung gebracht werden sollten. Beide sind in den zwei Sätzen ausgesprochen: 1) publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere[1]) d. h. daß Testamente möglichst aufrecht zu erhalten seien, und

2) exheredationes non sunt adiuvandae[2]), d. h. daß bei Zweifelhaftigkeit des Willens des Testators Exheredationen nicht anzunehmen seien.

Die Mittel aber, die der Jurisprudenz zur Zeit der Herrschaft des ius strictum zu Gebote standen, um jene beiden Sätze dem alten Rechte gegenüber zur Ausführung zu bringen, bestanden und konnten nur bestehen in der weiteren oder engeren Auffassung des Wortes des Gesetzes[3]), und es mag wohl der Gerichtshof der Centumvirn gewesen sein, der diese Interpretationen annahm und ihnen Geltung verschaffte.[4]).

Aus dieser Art der Wortinterpretation ergeben sich nun ganz einfach die späteren Bestimmungen über Exheredation und Präterition, sowie deren verschiedene Voraussetzungen und Folgen in den verschiedenen Fällen von selbst.

I. Die sui heredes non postumi. 1) Das Notherbrecht des suus, der sua und der nepotes. — Domestici sind die sui, suae und nepotes sämmtlich unzweifelhaft.[5]) Die causa ihres Erbrechts ist also die nämliche, und im Sinne des ältesten Rechts galt sicher für alle das Gleiche: ihr besonderes Erbrecht, ihre domestica hereditas konnte ihnen nur durch Exheredation entzogen werden (§ 151.), keiner von ihnen konnte, ohne daß das testamentum nullum gewesen wäre, präterirt werden. Die beiden oben angeführten Grundsätze, der favor testamentorum und die invidia exheredationum, konnten durch bloße Wortinterpretation zunächst bei dem Gegensatze von suus auf der einen, und sua und nepos auf der andern Seite nur dadurch zur Geltung gebracht werden, daß man in dem einen Falle das Wort des Gesetzes in engster, und im andern Falle in weitester Bedeutung nahm, um gegen die Enterbung und für eine Institution zu entscheiden. Nur bei dem suus sprach das Gesetz unzweifelhaft, daß er zu instituiren oder zu exherediren sei. Konnte man es also bei der sua oder dem nepos nach dem Wortlaute des Gesetzes zweifelhaft finden, ob in deren Präterition der Wille zu exherediren vorhanden oder nicht vorhanden sei, so mußte als Wille des Testators angenommen werden, er habe

---

1) fr. 5. D. testam. quemadm. aper. (29, 3.) — fr. 10. pr. D. de inoff. testam. (5,2.)

2) **1327.** fr. 19. D. de lib. et post. (28, 2.) Paul. „...aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas." — fr. 2. D. eod. (28, 2.) „Nominatim exheredatus filius et ita videtur: Filius meus exheres esto, si nec nomen eius expressum sit, si modo unicus sit; nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum exheredatum esse." c. 4. C. de post. her. inst. (6, 29.)

3) Ihering II. 2. S. 482 ff. Voigt III. S. 18 ff. v. Savigny, System Bd. I. S. 229.

4) Cic. de orat. I. 38. Val. Max. VII. 7. § 1. — v. Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproceß Bd. I. S. 71. Bd. II. S. 56. Not. 20. 21.

5) fr. 6. pr. D. quod cuius univ. (3, 4.) fr. 31. § 15. D. de aed. ed. (21, 1.) Gai. II. 156. „Sui autem et necessarii heredes sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt..." Id. II. 157. (§ 160. N. 1321.) Ulp. XX. 3. 6. **1328.** Id. XXII. 14. „Sui heredes *vel heredes* instituendi sunt aut exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus."

nicht exheredtren wollen. Das Gesetz sprach aber wörtlich nur vom suus, nicht von der sua oder dem nepos. Wenn diese präterirt waren, konnte man daher sagen, daß das Gesetz über deren Präterition nichts gesagt habe, also der Wille des Testators formell unbeschränkt sei. Es frug sich also bei ihnen nur: hat der Testirer gewollt, daß sie nicht Erben seien, oder hat er dieß nicht gewollt. Aber exheredationes non sunt adiuvandae, der Erblasser hat also in dubio nicht exherediren wollen. Also ausgeschlossen vom Nachlasse sollen sie, weil Exheredationen nicht zu begünstigen sind, nicht sein.

Aber nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, es können also die nicht ausgeschlossenen suae oder nepotes nicht neben den Testamentserben als Intestaterben zur Erbschaft kommen. Da es nun aber publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, und doch das auch ihnen zustehende Erbrecht der domestici heredes anerkannt oder durch den ausdrücklichen Willen des paterfamilias entzogen sein muß, so bleibt nichts übrig, wenn das Testament aufrecht erhalten bleiben soll, als die präterirte sua oder den präterirten nepos als neben den Testamentserben, als stillschweigend im Testament des Vaters instituirt anzusehen, scriptis heredibus adcrescunt d. h. sie treten zu den scripti heredes als heredes scripti hinzu,[6] ein Satz, der nur nicht beim Soldatentestament gilt.[7]

Es wird also nunmehr der Theil zu finden sein, auf welchem diese den scriptis heredibus Adcrescirten, dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß, eingesetzt sein sollen.[8]

---

[6]) **1329**. Ulp. XXII. 16. „Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum." — 17. „Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, quo scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam." — Gai. II. 124. — Gerade durch dieses scriptis heredibus accrescere half man sich über den Satz hinweg, daß formell eine stillschweigende Einsetzung nicht möglich sei, während dieses scriptis heredibus accrescere materiell wirklich eine stillschweigende Einsetzung war und wie eine solche behandelt wurde. Man kann daher, wenn es sich um die materiellen Folgen dieses accrescere handelt, ohne Mißverständniß von einer „stillschweigenden" Einsetzung reden. c. 4. C. de lib. praet. (6, 28.) (N. 1327.) Ganz ähnlich wie bei den Intestatcodicillen. Fein, Glück's Comment. XLIV. S. 307 ff. — Vering, Röm. Erbrecht S. 374 will einen inneren Grund in der Unterscheidung zwischen filius und filia und nepos darin sehen, daß der filiusfamilias als Stamm der Fortpflanzung der familia eine größere Bedeutung für dieselbe habe, als die filia; die nepotes aber hätten nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Großvater gestanden, da gewöhnlich ihr Vater noch gelebt haben und seine Kinder vertreten würde. Wie aber kam man dann darüber hinaus, wenn doch der Vater gestorben war und nun der nepos jene Bedeutung für die Familie hatte? Konnte er dann nicht mehr inter ceteros exheredirt werden? Accrescirte er dann scriptis heredibus nicht mehr? Und bei den ewigen Kriegen der Römer war es gewiß kein seltener Fall, daß der Vater vor dem Großvater starb. — Der ganze Unterschied von filii und nepotes kommt aber nur vor, so weit es sich um gewisse Erleichterungen bei gewissen Formen handelte (§ 105.), sonst nicht. Wäre es ein innerer gewesen, so wäre er wohl auch sonst zu Tage getreten. Im Allgemeinen scheint es aber bedenklich aus solchen, doch erst zu erweisenden, Anschauungen etwas herzuleiten, so lange auf dem Wege der interpretatio man ebenfalls zu einer Erklärung scheinbarer Singularitäten kommen kann.

[7]) Beim Soldatentestament galt in Folge kaiserlicher Constitutionen bei allen suis die entgegengesetzte Präsumtion, daß nämlich die Präterition als Exheredation gelten solle. — **1330**. § 6. I. de lib. exher. (2, 13.) „Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos iam natos vel postumos nominatim (ausdrücklich) non exheredaverit, sed silentio praeterierit non ignorans an habeat liberos; silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere Constitutionibus Principum cautum est."

[8]) c. 5. C. de necess. serv. (6, 27.) „quia semper vestigia voluntatis sequimur testatorum." —

Und hierbei hat man mit geringen und leicht erklärlichen Modificationen einfach die Regeln angewendet, welche dann gelten, wenn totus as completus war.

a) Die filia praeterita u. nepotes praeteriti concurriren nur mit extraneis.

Gilt nun die praeterita sua (bezw. die nepotes) als neben den instituirten Erben instituirt, so liegt der Fall vor, daß totus as completus est d. h. daß die ganze Erbschaft schon an die extranei vertheilt ist. Die filia (bezw. die nepotes) würde also, auch wenn sie wirklich, aber sine parte instituirt wäre, toto asse completo, die Hälfte des väterlichen Nachlasses erhalten, und ganz dasselbe ist wirklich angenommen, wenn diese Personen scriptis heredibus extraneis accrescunt.[9]) Ist aber

b) die filia (bezw. die nepotes) präterirt und nur sui eingesetzt, so erhält sie nur eine virilis portio.[10]) Da hinsichtlich ihres Erbtheils nichts ausdrücklich vom Testator bestimmt ist, so kann ihre stillschweigende Einsetzung, ihr scriptis heredibus accrescere, in Worte gefaßt nur so lauten: Filii mei heredes sunto et filia aeque heres esto, und hieraus folgt nach den herkömmlichen Interpretationsregeln, daß die filia eine virilis portio erhalten mußte.[11])

c) Die filia (bezw. ceterae liberorum personae) concurrirt mit extraneis und suis, so werden beide Principien verbunden zur Anwendung gebracht. Die Portionen der sui und die der extranei werden als besondere Einheiten angesehen. Der Portion der sui gegenüber wird sie behandelt, als seien nur sui eingesetzt; der Portion der extranei gegenüber, als seien nur extranei eingesetzt.[12]) Nur wenn der Kaiser von seinem libertus zum Erben eingesetzt war, und neben ihm extranei, gelten für die präterirte sua und die präterirten nepotes ganz singuläre Bestimmungen.[13])

2) Das accrescere heredibus bei Legaten. Materiell liegt nun allerdings in dem accrescere scriptis heredibus eine stillschweigende Institution der praeterita filia oder

---

9) § 6. I. de her. instit. (2, 14.) **1331**. Theoph. ad h. l. „τότε ἐπειδὴ οὐκ ἔστι τι ὑπολιμπανόμενον τῆς λύτρας, εἰς ὃ δύναται ἐλθεῖν οἱ sine parte γραφέντες, τὸ ἥμισυ δοθήσεται τῷ sine parte, ἢ τοῖς sine parte.“ [. . Tunc quoniam nihil est relictum assi, in quod sine parte scripti venire possint, semis dabitur illi sine parte scripto, vel illis sine parte scriptis.] **1332**. Paull. III. 4b § 6. „In quot vult uncias testator hereditatem suam dividere potest; impleto asse, sine parte heredes instituti ad prioris assis semissem aequis portionibus veniunt.“

10) **1333**. Gai. II. 124. „Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum: praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad*crescunt, si sui instituti sint*, in virilem; si extranei in dimidiam: id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres ... et si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres; quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis sive masculini sive feminini sexus, dicta intelligemus.“ — Ulp. XXII. 17. (N. 1329.)

11) **1334**. fr. 13. pr. D. de her. inst. (28, 5.) „Interdum haec adiectio: aeque heredes sunto, testatoris voluntatem exprimit, utputa: primus et fratris mei filii aeque heredes sunto; nam haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos . . “

12) **1335**. Paull. III. 4b. 8. „*Filia* filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo; si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.“ Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17.

13) **1336**. Frag. de iure fisci § 11. „Caesare a liberto suo ex asse herede instituto, filia neposve ad semissem vocatur: cum extraneis vero instituto, filia ex semisse modo extraneis, non etiam Caesari adcrescit; quodsi plus semisse Caesar accepit, in id, quod plus est, etiam Caesari adcrescit.“

der praeteriti nepotes. Es würden also eigentlich den scripti heredes die Legate, der filia oder den nepotes gegenüber, nominatim ausgelegt sein, und also die Regel in

fr. 29. § 2. D. de legat. II. (31.) „Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, accrescit, non praestabit legatum, quod iure antiquo capit."

zur Anwendung kommen. Die stillschweigende Institution der praeterita sua wird aber dadurch herbeigeführt, daß sie scriptis heredibus accrescit d. h. zu dem Erbtheil der scripti heredes hinzutritt, indem sie gerade diese scripti heredes vermehrt d. h. ganz so wie diese eingesetzt ist, oder, wie es Theoph. ad pr. I. de exher. lib. (2, 13.) ausdrückt, einen Theil des den scriptis heredibus zugewendeten, also auch mit den darauf ruhenden onera, wegnimmt. Gerade so wird aber ihr Verhältniß im Justinianischen Rechte aufgefaßt.

c. 4. C. de lib. praeter. (6, 28.) „filia autem praeterita ius accrescendi ex iure vetere accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo everteret, et ipsa quasi scripta legatis supponeretur."

Sie tritt zu der belasteten Portion hinzu und vermehrt die Zahl der nominatim eingesetzten Erben. Denn es ist ganz passend, wenn Justinian in der angeführten Stelle sagt, daß sie quodammodo das Testament des Vaters umstoße, indem sie als stillschweigend eingesetzt (quasi scripta) hinzutrete. Concurrirt sie mit extraneis, die mit Legaten onerirt sind, so trägt sie natürlich dimidiam partem legati, bei Concurrenz mit suis aber nur virilem partem.

II. Die sui heredes postumi. — Die Ansicht derer, welche das Notherbrecht der sui als ein Product der Jurisprudenz ansehen, das zuerst sich mit Rücksicht auf die postumi entwickelt habe, hat Schmidt[14], wie mir scheint, am schärfsten ausgesprochen. Nach ihm war eine Abhülfe gegen das Uebermaß der Testirfreiheit, das in dem Satze lag: uti legassit suae rei, ita ius esto, vor Allem bei der Uebergehung des postumus zu suchen, weil dieser im Testament übergangen werden mußte, da er als incerta persona nicht instituirt werden konnte.

Ich kann aber den Schluß nicht zugeben, daß der postumus hätte präterirt werden müssen, weil er nicht instituirt werden konnte. Denn da nach ältestem Rechte auch inter ceteros exheredirt werden konnte und später der filius postumus wenigstens nominatim exheredirt werden konnte[15], so war eine Präterition desselben nicht nothwendig, und mir scheint gerade die Formel: „ceteri omnes exheredes sunto" in älterer Zeit vorzugsweise für den Fall am Platze gewesen zu sein, wo man unter allen Umständen die Aufrechthaltung des Testamentes beabsichtigte.[16] Denn auch die postumi sind domestici heredes, deren Recht an der res familiaris ausdrücklich beseitigt sein mußte, wenn es nicht wirksam sein sollte. (§ 161. Not. 20.) Für postumi und non postumi galten von je dieselben allgemeinen Grundsätze, sie konnten nicht instituirt werden, weil sie incertae personae waren, dagegen konnten sie exheredirt werden, weil man inter ceteros exherediren konnte.[17] Nicht darin lag aber bei diesem Grundsatze das Bedenkliche, daß man den postumus nothwendig hätte präteriren müssen, sondern darin, daß man ihn nicht instituiren konnte.[18] Die ganze

---

[14]) Das formelle Recht der Notherben S. 8. 17. — Es findet sich bei ihm die beste Darstellung des s. g. Notherbrechts der postumi. S. 9 ff.

[15]) c. 4. C. de lib. praet. (6, 28.) Ulp. XXII. 20—22. Daß postumi aut instituendi aut exheredandi sunt, gilt natürlich erst von der Zeit, seit welcher eben postumi instituirt werden konnten.

[16]) pr. I. de exher. lib. (2, 13.) Gai. II. 128.

[17]) fr. 3. § 2. D. de iniusto (28, 3.) Ulp. „.. nam Divus Marcus decrevit, idem in postumo, quod in filio servandum; nec ratio diversitatis reddi potest."

[18]) Sämmtliche Stellen, die man dafür anführt, daß der postumus nicht habe exhere-

Richtung der Doctrin und Gesetzgebung war daher nicht darauf gerichtet Exheredation und Institution der postumi möglich zu machen, sondern nur darauf die Institution derselben möglich zu machen.

Der leitende Grundsatz bei der allmählich mehr und mehr erweiterten Befugniß auch postumi zu instituiren, war offenbar der, den Gaius (II. 143.) ausspricht:

„ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur, quo tempore iam revocari non possent."

Nur für diligenter facta testamenta sollte aber dieser Satz gelten, und man hielt bis auf Justinian den Satz fest, daß zwar durch ausdrückliche Bezeichnung des einzelnen Falles der agnatio postumi die Rumpirung des Testamentes durch agnatio postumi verhütet werden könne, aber auch nur durch eine solche.

fr. 10. D. de lib. et post. (28, 2.) „si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus est, natus rumpit testamentum, ... qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus."

Erst Justinian bestimmte in c. 4. C. de post. her. inst. (6, 29.), daß, wenn ein postumus wörtlich auch nur für einen Fall instituirt sei, dieß für alle Arten der agnatio postumi gelten solle.

Die allmähliche Entwickelung des Satzes, daß auch postumi instituirt werden könnten, ist folgende:

1) S. g. postumi legitimi. — Ulpian[19]) beruft sich auf einen Satz des ius civile, daß dieses schon gestattet habe, für den Fall ein Kind zu instituiren, daß es erst nach dem Tode des testirenden Vaters geboren werde.

2) S. g. postumi Aquiliani. — Um die Zeit Cicero's führte Gallus Aquilius eine Formel ein, nach welcher auch nach des Großvaters Tode geborene Enkel als sui instituirt werden könnten:[20])

„Si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto."

Diese Aquilianische Formel dehnte dann die spätere Interpretation auch auf den pronepos postumus aus.[21])

3) S. g. postumi Velleiani. — Die lex Iunia Velleia (wohl v. J. 10 p. Chr.) ließ unter gewissen Voraussetzungen auch die Institution solcher postumi zu, die noch bei Lebzeiten des Testators geboren wurden, wo also testamentum iam revocari potest, denn

---

dirt werden können, sprechen nur von der Unmöglichkeit ihn zu instituiren. Auch v. Vangerow, Pand. § 468. Anm. 1. sagt: „In Betreff eben dieser postumi bot aber das ältere Recht die eigenthümliche Erscheinung dar, daß selbst die Erbeinsetzung oder Exheredation (?) derselben die Ruption des Testamentes nicht verhindern konnte, denn in Betreff der eigentlichen postumi war die Einsetzung oder Enterbung (?) schon an sich ungültig, wegen der Grundsätze über personae incertae.." Daß die Exheredation einer persona incerta möglich war, beweist schon die Möglichkeit der exheredatio inter ceteros, denn unter ceteri omnes war sicher keine certa persona gedacht [c. 4. C. de lib. praet. (6, 28.)]. Wenn v. Vangerow a. a. O. sich auf Ulp. XXII. 19. beruft, daß es schon früh gestattet gewesen sei, sein Kind für den Fall, daß dasselbe erst nach dem Tode des Testirers geboren werde, zu instituiren oder zu exherediren, so ist dieß nicht richtig, denn Ulpian spricht nur von der Möglichkeit dasselbe zu instituiren. (Not. 19.)

19) 1337. Ulp. XXII. 19. „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: siquidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Iunia." Schmidt a. a. O. S. 26. Kuntze, Cursus II. S. 576 ff.

20) fr. 29. pr. D. de lib. et post. (28, 2.) Schmidt a. a. O. S. 27.

21) fr. 29. § 1—4. D. eod. (28, 2.)

die lex „voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.“[22]) Sie gestattete in ihrem ersten Theile auch den bei Lebzeiten des parens geborenen suus zu instituiren, gleichviel ob dieser suus Sohn, Enkel oder Urenkel war.[23]) Im zweiten Theile bestimmt sie, daß entferntere Descendenten, die zur Zeit der Errichtung des Testaments zwar schon lebten, aber erst durch Wegfallen eines ihnen im Stamme Vorstehenden zu Notherben werden, durch ihr nunmehriges Aufrücken das Testament nicht rumpiren sollen.[24]) „Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult rumpere testamentum.“ — Derselbe Satz wurde

4) auf Hadrian's Veranlassung in einem Senatus consultum ausgesprochen.[25]) Wer nämlich durch causae probatio als postumus agnascirte, rumpirte natürlich das Testament des parens. War er aber erst post mortem patris auf diese Weise agnascirt, so rumpirte er das Testament nur, wenn er darin präterirt war, war er dagegen darin schon instituirt oder exherebirt, so rumpirte er durch seine agnatio das Testament nicht.

5) Durch die Interpretation der Juristen wurden endlich die Sätze der lex Velleia auf alle Fälle, nicht blos auf den Fall des Todes, wie z. B. auf den Fall der aquae et igni interdictio, emancipatio des Zwischenstehenden u. dergl. ausgedehnt.[26])

## Capitel II.

## Die Nachlaßansprüche aus officium und das neuere Notherbrecht aus dem Gesichtspunkte des officium. *)

### § 162.

### I. Die Nachlaßansprüche aus officium oder das Pflichttheilsrecht.

1. Schutz der Pflichttheilsberechtigten gegen letztwillige Zuwendungen.[a]) — 2. Schutz der Pflichttheilsberechtigten gegen Veräußerungen unter den Lebenden.[b]) — 3. Quarta Divi Pii.[c]) — Quarta Sabiniana.[d]) — Das Pflichttheilsrecht der armen Ehegatten.[e])

**a) Schutz der Pflichttheilsberechtigten gegen letztwillige Zuwendungen.** Walter § 653. Rein S. 825 ff. und die dort Not. 1. Citt. — Bering a. a. O. S. 388 ff. G. Hartmann, Ueber die querela inofficiosi testamenti nach classischem

[22]) fr. 29. § 12. D. eod. (28, 2.) Schmidt a. a. O. S. 26. 27.

[23]) fr. 29. § 15. D. eod. (28, 2.)

[24]) fr. 29. § 13—15. D. eod. (28, 2.) — Eingesetzt konnten sie natürlich schon vorher werden, aber nicht als Notherben. Sie hätten also trotz ihrer Institution das Testament, wenn sie nun Notherben wurden, rumpirt. (Gai. II. 140. § 161. Not. 22.)

[25]) Gai. II. 142. (§ 161. Not. 22.)

[26]) fr. 29. § 5—7. 15. D. eod. (28, 2.)

*) Hinsichtlich des s. g. neueren Notherbrechts ist die von Brinz, Pand. S. 739 ff. ausgesprochene Ansicht gewiß die richtige, wenn er sie so zusammenfaßt: „So bleibt nichts übrig, als den Ursprung dieses neuen Notherbrechts, anstatt in einem gegenseitigen Rechte, in einem gegenseitigen Pflichtverhältnisse dieser Personen — man darf wohl sagen: anstatt im ius, im officium, zu suchen.“ Es rechtfertigt sich daher wohl auch, wenn die Geschichte des s. g. Pflichttheilsrechts und die neuere Notherbfolge hier ihren Platz erhalten, da das neuere Notherbrecht, das an die Stelle der domestica hereditas trat, die vorausgehende Ausbildung des Pflichttheilsrechts bedurfte, um aus diesem neuen Gesichtspunkte sich herauszubilden.

Rechte. Basel 1864. Gneist, die form. Verträge S. 73 ff. Kuntze, Cursus I. § 836. 837. 867. Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 69. Not. 10. Köppen a. a. O. S. 104 ff. Brocher, Etudes histor. et philosophiques sur la légitime et les recherches en matière de succession héréditaire. 1868. Bekker, die Aktionen I. S. 272 ff. Brinz, Pand. S. 838 ff. v. Vangerow, Pand. II. § 478.

a) Bei ingenuis. (Querela inofficiosi testamenti.) — α) Entstehung der Querel. **1338.** Cic. de orat. I. 38. „..iactare se in causis centumviralibus, in quibus..testamentorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur..“ Id. in Verr. I. 42. „Iure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.“ Val. Max. VII. 7. § 2—5. 8. **1339.** Id. VII. 8. § 1. „..notae insaniae Tuditanus..testamento Ofilium instituit heredem; quod Ti. Longus, sanguine proximus, hastae iudicio subvertere frustra conatus est. Magis enim centumviri, quid scriptum esset in tabulis, quam quis eas scripsisset, considerandum existimaverunt.“ **1340.** Id. VII. 8. § 2. „Afrania tamen cum sorore sua sacramento contendere noluit, testamentumque matris patientia honorare, quam iudicio convellere satius esse duxit.“ — Ueber die Bezeichnung des Rechtsmittels als „querela“ vergl. Gneist, Form. Vertr. S. 66 ff. Leist in Glücks Comm. Bd. I. S. 70. — Val. Max. VII. 7. § 5. — β) Weitere Ausbildung dieser Lehre durch die classischen Juristen. αα) fr. 7. 19. D. de inoff. testam. (V. 2.) fr. 20. pr. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.) — ββ) fr. 8. § 8. 11. D. de inoff. test. (V. 2.) c. 5. § 3. C. ad leg. Iul. maiest. (IX. 8.) — γγ) fr. 4. § 1. fr. 6. pr. fr. 31. § 1. D. de inoff. testam. (V. 2.) Francke a. a. O. S. 168 folgg. Walter a. a. O. §. 653. — γ) Die Bestimmungen der späteren Kaiser. c. 21. C. de inoff. testam. (III. 28.) *Dioclet.* et *Maximian.* c. 1. 3. C. Th. de inoff. test. (II. 19.) c. 27. C. eod. (III. 28.) *Constantin.* 319 p. Chr. — δ) Justinians Veränderungen. pr. § 1. 2. I. de inoff. testam. (II. 18.) Nov. 18. c. 1. vergl. mit Nov. 115. c. 3—5. Francke a. a. O. S. 171. 172. 207. folgg. — Ueber die bonorum possessio litis ordinandae gratia fr. 8. pr. D. de inoff. test. (V. 2.) vergl. Francke a. a. O. S. 315. 316. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV. S. 155 folgg. Leist, in Glück's Comm. Bd. II. S. 257 ff. v. Vangerow II. § 478. Anm. 2. Schirmer a. a. O. I. S. 87. Not. 28. N. 6., deren Meinung dahin geht, daß diese bon. poss. lit. ord. grat. von demjenigen habe nachgesucht werden müssen, der kein Civilintestaterbrecht habe. Da nämlich derjenige, welcher die querela inofficiosi anstellen will, Intestaterbrecht haben muß, so mußte der nicht civilrechtlich zur Intestaterbfolge Berufene erst ein prätorisches Intestaterbrecht durch die agnitio einer bonorum possessio erwerben und diese bonorum possessio (necessaria) — gleichviel ob unde liberi oder unde cognati — ist eben unsere bon. poss. litis ordinandae gratia, weil sie dem Inofficiositätsprocesse zur Grundlage dient. Dabei hatte sie noch den Nebenzweck den blos prätorisch Erbberechtigten die Transmission der Klage auf die Erben zu vermitteln. fr. 6. § 2. D. de inoff. test. (5, 2.) — Eine andere Ansicht über diese bon. poss. lit. ord. grat. hat Schilling Bemerkungen S. 211 folgg.; siehe dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 157. Not. 40.

b) Bei libertis. — A. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus und Parens Manumissor. Leipz. 1868. S. 1—31. (S. unten § 179.)

c) Das Pflichttheilsrecht des parens manumissor. (S. unten § 179.)

**b)** Schutz der Pflichttheilsberechtigten gegen Veräußerungen unter Lebenden.

Gegen Veräußerungen Freigeborner. Querela inofficiosae donationis. — Arndts, Rechtslex. Bd. VIII. S. 163 ff. Costi, De querela inoff. donationis et dotis. Berol. 1858. Neustadt, De querela inoff. donationis. Vratisl. 1869.

Köppen, a. a. O. S. 129 ff. tit. C. de inoffic. donatt. (III. 29.) und tit. C. de inoff. dotib. (III. 30.) In welcher Zeit die querela inofficiosae donationis entstanden sei, ist nicht genau zu ermitteln. Francke (a. a. O. S. 499.) und Mühlenbruch (a. a. O. Bd. XXXVI. S. 42 folgg.) haben es jedoch sehr wahrscheinlich gemacht, daß in dem von Paullus fr. 87. § 3. D. de legat. II. (XXXI.) angeführten Rescript des Kaisers Alexander Severus die erste Spur zu finden sein möchte. In diesem Rescripte antwortet der Kaiser, daß die einem Enkel von seiner Großmutter gemachte Schenkung, wenn sie gemacht sei, um die Inofficiositätsquerel zu umgehen, zur Hälfte rescindirt werden solle. Als Grund dieses Rescripts führt der Kaiser an: ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Aus diesen Worten geht wohl mit ziemlicher Sicherheit hervor, daß die Rechtfertigung des Inhalts des Rescripts nicht in früheren Verordnungen oder früherer Praxis vom Kaiser gesucht wurde, sondern die Bestimmung ihrem Inhalte nach eine neue war. Wie aber der vorgelegte Fall im Einzelnen gestaltet gewesen, läßt sich aus der uns aufbewahrten kurzen Relation durchaus nicht entnehmen. Aus eben diesem Grunde aber läßt sich auch die allmälige Entwickelung dieser Lehre nicht mit Sicherheit nachweisen. Wir finden eine Reihe von Rescripten der kurz nach Alexander Sever folgenden Kaiser, als Philippus Arabs, Valerian, Gallienus und Diocletian, die uns sämmtlich zeigen, daß das ganze Institut, statt sich jenen Rechtsmitteln anzuschließen, welche wegen der Veräußerungen Freigelassener schon bestanden, vorzugsweise mit Berücksichtigung der querela inofficiosi testamenti ausgebildet wurde und so endlich die Gestalt erhielt, in der es uns im Justinianeischen Rechte überliefert ist. — Nov. 92. c. 1. pr.

2) Gegen Veräußerungen Freigelassener. Actio Fabiana und Calvisiana. — A. Schmidt, das Pflichttheilsrecht S. 93 ff. Francke a. a. O. § 40. 41. — α) **1341**. Paull. III. 3. „Ea, quae in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata sunt, Fabiana formula tam ab ipso patrono quam a liberis eius revocantur." Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. Bd. I. S. 795. — β) **1342**. fr. 3. § 2. D. si quid in fraudem patroni. (38, 5.) „Patronum ex asse heredem institutum volentem Faviana actione uti, Praetor admittit, quia erat iniquum, excludi eum a Faviana, qui non sponte adiit hereditatem, sed quia bonorum possessionem contra tabulas petere non potuit." **1343**. fr. 3. § 3. D. eod. „Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem eius revocat per Calvisianam actionem ea, quae alienata sunt dolo malo, quominus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosve eius perveniret; idque est, sive petita sit a patrono ab intestato bonorum possessio, sive non sit." — γ) fr. 1. § 5—7. fr. 3. § 3. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) c. 1. 2. C. eod. (VI. 5.) Schweppe §. 514. Walter § 658. Kuntze I. § 903.

**c)** Quarta Divi Pii. — Francke a. a. O. § 37. v. Vangerow Bd. I. § 252. **1344**. Gai. I. 102. „Item impuberem apud populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est. Nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si iusta caussa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam conditionibus permissum est." — fr. 13. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.) § 3. I. de adopt. (I. 11.) Köppen a. a. O. S. 133—137.

**d)** Quarta Sabiniana. — c. 10. § 3. C. de adoptt. (VIII. 48.) § 14. I. de heredit. ab intest. (III. 1.) **1345**. Theoph. ad h. l. „Ἐὰν ἔχων τρεῖς ἄῤῥενας παῖδας ὑπεξουσίους παράσχω ἕνα εἰς θέσιν, λέγεται ἡ τοιαύτη υἱοθεσία ex tribus maribus. Καὶ ἔστι δόγμα Σαβινιανὸν τὸ λέγον, ἀνάγκην σε ἔχειν πάντως τῷ ex tribus maribus υἱοθετηθέντι τὸ τέταρτον τῆς σῆς περιουσίας καταλιπεῖν· εἰ δὲ μὴ καταλίπῃς αὐτῷ, δίδωσιν αὐτῷ τὸ εἰρημένον δόγμα ἀγωγὴν κατὰ τῶν σῶν κληρονόμων, ἐπὶ ἀπαιτήσει τοῦ τετάρτου." (Vers. Reitz. Si tres ego filios masculos in potestate habens unum in adoptionem dedero, dicitur huiusmodi adoptio ex tribus maribus. Atque est senatusconsultum

Sabinianum, sanciens necesse tibi esse omnino huiusmodi filio ex tribus maribus adoptato quartam tuorum bonorum partem relinquere: sin autem ei non reliqueris, dictum senatusconsultum dat ei adversus heredes tuos actionem, ad quartae petitionem.) — Schrader ad § 14. I. cit. Vering a. a. O. S. 395.

e) Das Pflichttheilsrecht der armen Ehegatten. — 1) Nov. 53. c. 6. — 2) Nov. 117. c. 5. Köppen a. a. O. S. 138 ff. Vering a. a. O. S. 394.

## § 163.

## II. Das neuere Notherbrecht aus dem officium pietatis. *)

Der Gedanke, daß die domestica hereditas ein besonderer Erbgrund sei, mußte natürlich mit der allmählichen Auflösung der Einheit des domus und der familia in seinen Wirkungen allmählich abgeschwächt werden. An die Stelle der alten durch väterliche Gewalt vereinigten familia, die sich selbst äußerlich in der Gemeinsamkeit des domus darstellte[1]), trat später der Begriff der natürlichen Familie in seiner ethischen Natur, als sittlich bestehendes Band jetzt auch vom Rechte anerkannt.[2]) Die Forderung dieser ethischen Seite ist das pietatis officium, und was die fides im gesammten Verkehr des Lebens fordert und rechtlich in Anspruch nehmen kann, das fordert in erhöhtem Maße die pietas innerhalb des Kreises dieser natürlichen Familie.[3]) Wer durch das Recht der domestica hereditas dasselbe erreichen kann, was das officium pietatis ihm nach dem sittlichen Princip der natürlichen Familie gewähren müßte, der machte dieß, auch als längst die Theilnahme am domus und der domestica familia in ihrer ursprünglichen Bedeutung in ihren wesentlichsten Voraussetzungen verschwunden war, noch aus diesem alten Rechte geltend. Denn durch das Aufkommen der Peculien und deren allmähliche Erweiterung war der alte Begriff der familia, die in dem unbeschränkten privatrechtlichen Verfügungsrecht des paterfamilias über Alles bestand, was die Familienglieder erwarben, in seinem für das Erbrecht wesentlichsten Bestandtheil untergraben.[3a]) Die sui erkannte man zwar noch als domestici heredes an und ließ theoretisch noch die Wirkungen der domestica hereditas bei ihnen gelten. Practisch aber hatte das prätorische Recht durch die Fiction der Suität bei emancipatis und der ihnen so gewährten B. P. contra tabulas die Bedeutung der domestica hereditas des alten Civilrechts durchbrochen. Nicht weil man suus ist, ist man prätorischer Notherbe, sondern es genügt, daß man nur suus war. Auch die Folge, daß man als suus heres auch necessarius ist, ist durch das ius abstinendi factisch beseitigt, der abstinirende suus hat nur das „nudum nomen sui heredis".[4])

Immer mehr tritt das der querela inofficiosi testamenti zu Grunde liegende Princip hervor, daß man aus dem officium pietatis seinen Anspruch, honorirt[5]) zu werden, her-

---

*) Brinz, Pandecten § 173 a. E. und § 174. Köppen a. a. O. S. 141 ff.

[1]) **1346**. Val. Max. IV. 4. § 8. „..sexdecim eodem tempore Aelii fuerunt, quibus una domuncula erat..et unus in agro Veiente fundus minus multo cultores desiderans quam dominos habebat."

[2]) Böcking, Pand. § 42. Not. 9. § 49.

[3]) fr. 78. § 2. D. ad SC. Trebell. (36, 1.) „Tu, frater, secundum fidem et pietatem tuam..restitues." fr. 2. 5. D. de inoff. test. (5, 2.)

[3a]) Köppen a. a. O. S. 15 ff.

[4]) fr. 2. § 8. D. ad SCum Tertull. (38, 17.)

[5]) Ueber diesen Punkt vor Allen Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 18 ff., dessen Ausführung ich nur nicht auf den paterfamilias und die sui heredes beschränken mag, sondern im Sinne des späteren Begriffs der Familie auf parens und liberi ausdehne. **1347**.

leitet, und nicht aus dem Rechte der bisherigen Theilnahme am Familiengut, wenn auch die agnatische Familienverbindung noch einen Vorzug vor der blos cognatischen anfänglich behält. [c. 2. C. Th. de inoff. test. (2, 19.)] Während noch bei der B. P. contra tabulas der emancipati die Suität derselben fingirt wird, um ihnen das ex officio pietatis Zukommende zu verschaffen, tritt bei der B. P. contra tabulas liberti der Gesichtspunkt des officium pietatis schon rein hervor.[6] Die neben ihr stehende B. P. dimidiae partis contra suos non naturales wägt aber schon die Berechtigung nach der Stärke des officium ab, je nachdem Jemand im Pietätsverhältnisse dem Erblasser näher steht, als der Patron[7]; ja es wird abgemessen, unter welchen Verhältnissen man aus officium einen Anspruch erheben kann, nach dem Vermögen und der Zahl der Kinder[8]. Die ganze Richtung der späteren Bestimmungen des neueren Rechts drängt den Gedanken des Rechts aus der domestica hereditas gegen die Frage nach dem officium aus dem natürlichen Familienbande schließlich völlig zurück. In der Nov. 115. läßt endlich Justinian auch die letzten Spuren des Notherbrechts aus Suität verschwinden. Die exheredatio ist kein Recht mehr aus der väterlichen Gewalt, sondern eine Verletzung des officium pietatis, die nur da geduldet werden kann, wo das officium pietatis von der andern Seite verletzt ist, sonst ist die institutio eine Pflicht,[9] die man nicht willkührlich verletzen kann. Es ist das Erbrecht der in der Nov. 115 Genannten jetzt im eigentlichsten Sinne, eben wegen dieser Nothwendigkeit der Institution der Berechtigten, ein Notherbrecht im eigentlichsten Sinne.[10]

## Capitel III.

## Vom testamentarischen Erbrechte. (Testamentaria hereditas.)

### § 164.

### A) Erblasser und Erbe.*)

1) Erfordernisse in der Person des Erblassers.[a]) — 2) Erfordernisse in der Person des Erben.[b]) —

*) Fest. v. Heres. „Heres apud antiquos pro domino ponebatur." **1349.** § 7. I. de her. qual. (2, 19.) „veteres enim heredes pro dominis appellabant."

---

fr. 4. D. de inoff. test. (5, 2.) Gai. „Non est consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti." — Schon in der lex Iulia et Papia Poppaea ist das Gewicht auf das Eltern- und Kindesverhältniß gelegt. (§ 185.)

6) Ueber die erste Veranlassung dieser B. P. contra tabulas vergl. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus. S. 8 ff.

7) Schmidt a. a. O. Not. 18. „Der Patronus tritt durch beide bonorum possessiones dem entgegen, daß ihn der Freigelassene durch einen Act seiner Willkühr vom Nachlaß entferne und zwar zum Vortheil Anderer, als seiner leiblichen Kinder." — **1348.** fr. 20. pr. D. de donatt. (39, 5.) „..pars ex legibus verecundiae patronali debita." — Gai. III. 41. „prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati.."

8) Hinsichtlich der Wohlhabenheit des libertus und der Zahl der hinterlassenen Kinder (Schmidt a. a. O. S. 17.); eben so bei dem Pflichttheilsrecht des armen Ehegatten.

9) Schmidt, das formelle Recht der Notherben. S. 157 ff.

10) Brinz a. a. O. S. 739. 740.

fr. 24. D. de V. S. (L. 16.) „Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit.“ fr. 11. § 6. D. ad leg. Aquil. (9, 2.) „Legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino.“ — Huschke, im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 271 folgg. Ders. in den Studien des Röm. Rechts. S. 156. Not. 26.

---

**a)** Erforderniſſe in der Perſon des Erblaſſers. — Schweppe § 441. v. Tigerſtröm § 171. Walter § 637. Rein, S. 774—777. Bering, röm. Erbrecht S. 237 ff. Kuntze I. § 822. v. Vangerow, Pand. II. § 428. Voigt, Ius nat. II. S. 701 ff. S. 916. Not. 1029. S. 923. 924. Heimbach im Rechtslexicon. Bd. X. S. 716 ff. Burchardi, Lehrbuch des röm. Rechts. Bd. II. Abth. IV. § 317.

1) Vermögensrechtliche Perſönlichkeit. — Unfähig zu teſtiren ſind daher:

a) Alieno iuri subiecti. — α) **1350**. Ulp. XX. 10. „Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit; sed divus Augustus (Marcus) constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris acquisivit, testamentum facere possit.“ Theoph. ad § 9. I. de testam. (II. 10.) fr. 16. pr. fr. 19. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.) c. 3. § 1. C. eod. (VI. 22.) — β) **1351**. Ulp. XX. 16. „Servus publicus populi Romani partis dimidiae testamenti faciendi habet ius.“ Zimmern, Geſch. des Röm. Privatrechts. Bd. I. S. 672. — γ) fr. 18. § 4. 5. D. de castr. pecul. (XLIX. 17.)

b) Damnati. (Poenae servi.) Leiſt in Glück's Comm. Bd. II. 138. 139. **1352**. Paull. III. 4 A. § 9. „In insulam relegatus et in opus publicum ad tempus damnatus quia retinet civitatem, testamentum facere potest, et ex testamento capere.“ fr. 6. § 6—8. D. de iniusto, rupto (XXVIII. 3.). Nov. 22. c. 8. (v. J. 536 p. Chr.)

c) Captivi. **1353**. Paull. III. 4 A. § 8. „Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest. Sane valet testamentum id quod ante captivitatem factum est, si revertatur, iure postliminii; aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur.“

2) Commercium mortis caussa (ſ. g. Testamenti factio activa). — Beſchränkungen der Teſtirfähigkeit wegen eines Mangels an dieſem:

a) Perſonen mit unvollſtändigem commercium mortis caussa.

α) Frauen. — Keller, Inſtitt. S. 260 ff. Karlowa, die Formen der röm. Ehe. S. 96 ff. — aa) In älteſter Zeit. — **1354**. Gell. V. 19. „. . quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est.“ — Id. VI. 7. „Ea (sc. Acca Larentia) testamento, ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut quidam alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis heredem fecit. Ob id meritum a Flamine Quirinali sacrificium ei publice fit, et dies a nomine eius in fastos additus.“ Plut. Rom. 5. Macrob. Sat. I. 10. — **1355**. Gell. I. 12. „Virgo autem Vestalis simulatque capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et ius testamenti faciundi adipiscitur.“ Schilling, Bemerkungen. S. 186. Bering a. a. O. S. 245. Not. 4. Gell. V. 19. VI. 7. — bb) Zur Zeit der Republik. — **1356**. Gai. I. 115 a. „Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coëmptio. Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coëmptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coëmptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.“ Rudorff, das Recht der Vormundſch. Bd. II. S. 273. Schilling, Bemerkungen. S. 184 ff. — **1357**. Ulp. XX. 15. „Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint.“ **1358**. Cic. Top. c. 4. „Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam diminuit,

non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari" (d. h. so lange sich eine mulier ingenua in ihrer angeborenen Familie befindet, ist sie von Rechts wegen testirunfähig. Keller, Instit. S. 261). Boëth. ad h. l. „Quaedam igitur, quae se numquam capite diminuisset, id est, quae in manum viri minime convenisset, sine tutoris auctoritate testamentum fecit. Quaeritur, an secundum eius tabulas ex edicto praetoris debeat dari possessio." — Hierzu Hoffmann in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. III. S. 309 ff. und v. Savigny ebendaselbst S. 328 ff. — **1359**. Gai. II. 122. „Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt, sed de his, quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri; alioquin parentem et patronum, sine auctoritate eius facto testamento, non summoveri palam est." — cc) In der Kaiserzeit. Gai. I. 157. 171. Ulp. XI. 8. „Feminarum legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum." Gai. I. 115 a. — **1360**. Ulp. XXIX. 3. „Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum iure tutela patronorum liberavit; et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitum virilis pars patrono debeatur." Gai. III. 44. fr. 5. D. qui testam. fac. (XXVIII. 1.) c. 6. C. de testam. (VI. 23.) — Walter a. a. O. § 637.

β) Latini Iuniani. Hierüber vergl. oben § 32. S. 47 ff. und § 52. S. 90 ff.

b) Personen, denen es gänzlich fehlt. — Burchardi a. a. O. Abth. IV. S. 1019.

α) Peregrini und dediticii. — aa) **1361.** Ulp. XX. 14. „Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, quum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus [i. e. secundum] leges civitatis suae testetur." — bb) **1362**. § 3. I. de libertin. (I. 5.) „Sed dediticiorum quidem pessima conditio iam ex multis temporibus in desuetudinem abiit, nec Latinorum nomen frequentatur." c. 1. C. de dedit. libert. toll. (7, 5.) — Glück, Comment. Bd. II. S. 186. Bd. XXXIV. S. 64. — In Beziehung auf die obsides d. h. die Geißeln, welche die Römer empfangen hatten, vergl. fr. 11. D. qui testam. fac. poss. (XXVIII. 1.)

β) Prodigi. **1363**. Ulp. XX. 13. „Mutus, surdus, furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: — — — prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest."

γ) Lege intestabiles. — aa) **1364**. Gell. XV. 13. „Item ex iisdem tabulis [sc. duodecim] id quoque est: Qui se sierit testarier, libripensve fuerit ni testimonium fariatur, inprobus intestabilisque esto." **1365**. Gell. VI. 7. „..ius quoque testimonii dicendi tribuitur (sc. Tarratiae virgini vestali), testabilisque.. ut sit, datur." §. 6. I. de testam. ordin. (II. 10.) Schrader ad h. l. — bb) **1366**. fr. 26. D. qui testam. fac. (XXVIII. 1.) Gaius: „Quum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet ne eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium." — Theoph. ad § 6. I. de test. ordin. (II. 10.) — **1367**. fr. 18. § 1. D. qui test. fac. (XXVIII. 1.) Ulp. „Si quis ob carmen famosum damnetur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis." — Glück, Comment. Bd. XXXIII. S. 350 folgg. Bd. XXXIV. S. 321 ff. Marezoll, von der bürgerl. Ehre. S. 85 ff. v. Buchholtz, Jurist. Abh. S. 112 ff. Wächter im Arch. für civ. Pr. Bd. XVII. S. 420 ff. Turiner Institutionenglosse. Krüger, Ztschr. für Rechtsgesch. VII. 61. N. 152. „Intestabiles sunt, qui subscriptiones suas perfide negant." Meyer, die Lehre von dem Erbrechte. § 16. Not. 15. Ihering II. 2. S. 552. Not. 682.

II) Erforderniſſe in der Perſon des Erben. — Schweppe § 442. 443. v. Tigerſtröm § 172. Walter § 639. Rein S. 778—786. Bering a. a. O. S. 249 ff. v. Vangerow, Pand. II. § 429.

1) Testamenti factio ipsius cum testatore (ſ. g. Testamenti factio passiva). — Ueber den Unterſchied der testamenti factio und Capacität vergl. beſ. v. Vangerow, und die dort Citirten. — § 4. I. de heredd. qual. (II. 19.)

a) Fremde Sclaven. **1368**. Ulp. XXII. 9. „Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus.“ Id. XXII. 13. — § 1—4. I. de hered. instit. (II. 14.)

b) Eigene Sclaven. **1369**. Ulp. XXII. 11. „Proprius servus cum libertate heres institutus siquidem in eadem caussa permanserit, ex testamento liber et heres fit, id est necessarius.“ § 1. I. de hered. inst. (II. 14.) — c. 5. C. de serv. necess. (VI. 27.) Walter a. a. O. § 639.

c) Latini Iuniani. Gai. I. 23. Ulp. XVII. 1. XXII. 3. — Siehe oben Bd. I. S. 91.

2) Individuelle Beſtimmtheit der Perſon des Erben. Heimbach, Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. V. S. 1 ff. Gai. II. 238. **1370**. Ulp. XXII. 4. „Incerta persona institui non potest, velut hoc modo: Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto; quoniam certum consilium debet esse testantis.“ § 25. I. de legat. (II. 20.) — v. Vangerow, Leitfaden Bd. II. S. 90 folgg.

a) Postumi. (S. oben § 161).

b) Pauperes. — **1371**. c. 24. C. de episc. (I. 3.) Valentin. et Marcian. „Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.“ c. 49. § 1. C. eod. (I. 3.) Iustinian.

c) Juriſtiſche Perſonen. — Mühlenbruch Fortſ. des Glück. Comm. Bd. XXXIX. S. 423 folgg. v. Vangerow § 429. Anm. 3. Binding, Zeitſchr. für Rechtsgeſch. Bd. VIII. S. 293 ff. — α) **1372**. Ulp. XXII. 3. „Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. Senatusconsulto tamen [durch das wahrſcheinlich unter Hadrian entſtandene SCum Apronianum] concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint; sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, deque hoc senatusconsulto prospectum est.“ — fr. 20. D. ad SCum Trebell. (XXXIV. 1.) Hierzu Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXIX. S. 428 folgg. fr. 1. § 1. D. de libert. univ. (XXXVIII. 1.) — c. 12. C. de hered. instit. (VI. 24.) Leo (469 p. Chr.) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXIX. S. 434. Not. 53. — c. un. restit. C. de incertis perss. (VI. 48.) v. Juſtinian. Mühlenbruch a. a. O. S. 434 folgg. — β) **1373**. Ulp. XXII. 6. „Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Iovem Tarpeium, Apollinem Didymaeum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipylensem, quae Smyrnae colitur, et Caelestem Salinensem Carthaginis.“ — c. 1. C. de sacros. eccles. (I. 2.) Constantin. v. J. 321 p. Chr.

Rückſichtlich der Beſchränkungen durch die lex Voconia vergl. unten § 172.

## § 165.

### B) Form der Testamente.*)

1) Testamentum calatis comitiis.[a]) — 2) Testamentum in procinctu.[b]) — 3) Testamentum per aes et libram.[c]) — 4) Das neueste Civiltestament.[d]) — 5) Eröffnung der Testamente.[e])

*) Dernburg, Beitr. zur Gesch. der röm. Test. 1821. Bang, De tribus testam. antiq. 1832. Keller, Instit. § 276. Hugo S. 244 ff. 556 ff. 981. Schweppe § 447. 448. Walter § 633—636. Christiansen S. 85 ff. S. 197 ff. v. Tigerström § 173. Rein S. 786 ff. Bering a. a. O. S. 175 ff. Heimbach, Rechtslexicon Bd. X. S. 735 ff. 752 ff. Kuntze I. § 817—819. II. S. 540 ff. **1374.** Ulp. XX. 1. „Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat."

---

**a)** Testamentum calatis comitiis. — a) **1375.** Gell. XV. 27. „Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: Unum, quod calatis comitiis in concione populi: alterum in procinctu, quum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiae mancipationem, cui aes et libra adhiberetur." **1376.** Gai. II. 101. „Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, quum belli caussa ad pugnam ibant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus; alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri." **1377.** Theoph. ad § 1. I. de testam. ordin. (II. 10.) „Καὶ τὸ μὲν calatis comitiis ἐγίνετο καίρῳ εἰρήνης δὶς τοῦ ἐνιαυτοῦ, τοῦτον τὸν τρόπον· ὁ κῆρυξ ἅπασαν περιῄει τὴν πόλιν συγκαλῶν, καὶ πᾶς ὁ δῆμος συνέτρεχε, καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ. Calare γάρ ἐστι τὸ καλεῖν, comitia δὲ ἡ σύνοδος· ἐπειδὴ οὖν καλούμενοι συνῄεσαν, ἐκλήθη calatis comitiis." („Et illud calatis comitiis tempore pacis fiebat, bis in anno hunc in modum: Praeco totam circumibat urbem convocans omnisque populus concurrebat, et qui volebat, teste populo testabatur. Dictum autem est calatis comitiis inde: nam calare est vocare, comitia vero congregatio: quum ergo vocati convenirent, vocatum est calatis comitiis.") Ulp. XX. 2. — Ihering a. a. O. Thl. I. S. 145 ff. (Aufl. 2.) Bering a. a. O. S. 121—150. und die S. 132. Not. 1. 2. und S. 133. Not. 3. Citirten. Kuntze, Cursus Thl. II. S. 136. — b) Ueber das Verschwinden dieser Testamentsform vergl. oben § 24. — Glück, Comment. Bd. XXXIV. S. 150 und die dort Angeführten. Huschke, im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 285 folgg.

Gans (Erbr. Bd. II. S. 37 ff.) hat wohl zuerst in ganz bestimmter Weise den Gedanken ausgesprochen, daß die testamenta calatis comitiis nichts weiter gewesen seien, als Arrogationen des Erben. Daß in den calatis comitiis wie über ein Gesetz über das Testament abgestimmt worden sei, war schon früher vielfach ausgesprochen. (Vergl. Bering a. a. O. S. 132. Not. 2.) Ihering (a. a. O. Bd. I. S. 145 ff.) nimmt ebenfalls an, daß das Testament eine Abstimmung des Volkes erfordert habe, wie die „dem Testamente so nahe verwandte Arrogation." Die Ansicht von Gans hat jetzt am ausführlichsten Bering a. a. O. weiter ausgeführt. Seine Hauptargumente für diese Natur des von ihm „testamentum calatorum comitiorum" genannten Testaments sind ohngefähr folgende: Da der alte patricische Römerstaat auf eine Gemeinsamkeit der eigenthümlichen sacra der familiae und gentes gegründet war, so habe eine testamentarische Verfügung die Einheit und sacrale Gemeinschaft der familia und gens durchbrechen müssen. Ein Testament sei daher ein Ereigniß gewesen, bei dem der ganze populus Romanus Quiritium betheiligt gewesen sei. Mit der

Zuweisung des Vermögens an den Erben müsse eine Aufnahme in die persönliche Familienangehörigkeit verbunden gewesen sein. Man müsse in dem testamentum „calatorum comitiorum" vor dem in Curien versammelten Volke deßhalb eine Adoption des Erben sehen. Bei dieser Arrogation habe dann natürlich eine Abstimmung stattfinden, also jedesmal ein betreffendes Gesetz darüber erlassen werden müssen. — Andere Vertheidiger der Gesetzesnatur des testamentum calatis comitiis heben hauptsächlich hervor, daß die legitima hereditas, das Intestaterbrecht, das ursprüngliche und älteste Erbrecht gewesen sei, und man habe deßhalb, um von diesem gesetzlichen Recht abweichen zu können, um eine lex für den von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Privatwillen nachsuchen müssen.

Hiergegen ist, um mit dem zuletzt angeführten Argument zu beginnen, Folgendes zu bemerken:

1) Der Satz, daß die legitima hereditas das ältere und zunächst einzige Erbrecht gewesen sei, ist erst zu beweisen, namentlich da unsere Quellen das Gegentheil sagen, nämlich daß die zwölf Tafeln das testamentarische Erbrecht bestätigt, dagegen die legitima hereditas erst eingeführt hätten. **1378**. Ulp. XXVII. 5. „Legitimae hereditatis ius, quod ex lege duodecim tabularum descendit, capitis minutione amittitur." **1379**. fr. 130. D. de V. S. (50, 16.) Ulp. „. . . quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur." Außerdem war es in Rom wohl nicht anders, als überall, daß das Testament das Erbrecht der Frau und Kinder regelmäßig nicht aufhebt, sondern nur regelt. Gerade in diesem Sinne sagt Val. Max. VII. 7. § 3. von einer Mutter, die ihre Kinder nicht eingesetzt hatte: testamenti ordinem violento animo confundit. Als inofficiosum angesehen wurde sicher von je ein solches Testament, wenn es auch anfänglich noch rechtlichen Bestand hatte. Welches war denn in diesem, sicher häufigsten Falle, das Interesse des Volks und der Priester? Fand denn etwa zwischen Erblasser und dem vorsitzenden pontifex eine Art suasio und dissuasio statt? Stimmte denn das Volk: „Uti rogas" oder „Antiquo" für oder gegen das Testament?

2) Allen diesen Bedenken entgeht man allerdings, wenn man überhaupt die Existenz eigentlicher Testamente vor den zwölf Tafeln leugnet und mit Gans und Bering annimmt, daß die testamentarische Erbfolge formell durch eine Arrogation des Erben hergestellt worden sei. — Allein auch hierbei ist immer von der Voraussetzung ausgegangen, daß man bei der Errichtung eines Testaments stets einen non suus eingesetzt habe. Die institutio der sui und der Frau in manu wäre auf diesem Wege unmöglich gewesen. Und doch wird man sicher annehmen können, daß auch für diese Testamente von je gemacht wurden. Wurde der Testamentserbe stets suus heres?

3) Wie wurden bei der Arrogation des Erben die so häufigen tutoris dationes und dergl. formell möglich gemacht? — Liv. I. 34. Ulp. XI. 14. („confirmantur"). — Wie wurden namentlich tutoris dationes möglich, wenn nur sui des Erblassers vorhanden waren, da doch legitimi tutores erst durch die zwölf Tafeln eingeführt (introducti) waren? (Ulp. XI. 3.) Gerade aber die Verfügungen innerhalb des Kreises der familia waren eben der Natur der Sache nach sicher der häufigste Grund einer Testamentserrichtung. Sui konnte man aber natürlich nicht arrogiren, folglich auch, da die Testamentserrichtung eine Arrogation voraussetzte, für seine sui kein Testament errichten. Wer sui hatte, mußte intestatus sterben. — Daß aber endlich

4) die calata comitia recht eigentlich Zeugnißversammlungen unter dem Vorsitz des pontifex maximus waren, wird wohl jetzt kaum noch bezweifelt. (S. oben Bd. I. § 9. S. 15 und die dort Citt.) Welche Bedeutung es aber hatte das Volk zum Zeugen aufzurufen, darüber vergl. oben § 144. 145. und Danz, Sacr. Schutz S. 34 ff.

5) Auch der Ausdruck „legare", der nach Bering (a. a. O. S. 144.) die Thätigkeit eines Gesetzgebers bezeichnen soll, kommt meines Wissens in dieser Bedeutung nir-

gends vor. Auch Ihering a. a. O. Bd. I. S. 146. Not. 56b) sagt, legare sei = legem ferre, und die Bedeutung des Ausdrucks sei später eine engere geworden. Auch für diese Behauptung ist, mir wenigstens, keine Stelle bekannt, durch welche dieselbe erwiesen werden könnte. Man wird vielmehr nach Ulp. XXIV. „Legatum est, quod legis modo, id est imperative," bei legare nicht an die äußere Form des Gesetzes, sondern nur an dessen innere Form zu denken haben, an das dispositive Wollen. Bering paraphrasirt nach dieser Erklärung des Wortes „legare" die Stelle der zwölf Tafeln: Uti legassit etc. so: „Wie ursprünglich das Volk eine solche (sc. Thätigkeit eines Gesetzgebers) bei dem Testamente ausübte, so sollte dieß jetzt nach den zwölf Tafeln der Testator thun dürfen." Er beruft sich hierfür auf fr. 14. D. qui testam. (28, 1.) und fr. 114. § 14. D. de leg. I. (30.), wo von „legem testamento dicere" gesprochen werde. Die in beiden Stellen vor „legem" stehenden Worte: „certam legem" und „talem legem" zeigen genügend, in welchem Sinne hier von lex gesprochen ist, nämlich eben so, wie man von „legem suae rei dicere" spricht, ohne an irgend einen Volksschluß zu denken. Was

6) die aus den sacris hergenommene Unterstützung jener Ansicht betrifft, so scheint mir auch diese weder die Nothwendigkeit einer wirklichen lex noch einer Arrogation zu beweisen. Es würde zunächst daraus folgen, daß im Interesse der sacra familiae Jeder, der keine sui hinterlassen hätte, im Interesse des Volks ein Testament habe errichten müssen, da es vor den zwölf Tafeln kein Intestaterbrecht der legitimi gab, auf welche mit dem Nachlaß „die eigenthümlichen sacra der familiae und gentes" übergegangen wären. Cic. de legg. II. 19 erwähnt eine andere Aushülfe: „Hoc uno posito, haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venierit." Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. II. S. 363 ff. Leist, die B. P. Thl. I. S. 43 ff. Ders. in Glück's Comm. I. S. 173 ff. Also gesorgt war jedes Falls, daß die sacra nicht untergingen. Warum aber ein Testament „die Einheit und sacrale Gemeinschaft der familia habe durchbrechen müssen", vermag ich nicht einzusehen. (S. § 183.)

**b)** Testamentum in procinctu. — a) **1380.** Fest. v. Endo procinctu. „Endo procinctu, in procinctu. Significat autem quum ex castris in proelium exitum est. Procinctos quasi praecinctos atque expeditos, nam apud antiquos togis incinctu pugnasse dicuntur." Gai. II. 101. **1381.** Virgilii interpretes ed. Mai, ad Aen. X. 241. (mit Blume's Emendationen) „— — Silentio deinde facto, residebat et dicebat: Equites et pedites nomenque Latinum, quicunque cincti armati paludatique adestis, sicuti tripudium sinistrum solistimum quisquis vestrum viderit **Deinde** obnuntiato** uti placet a legionibus invocarentur, faciantque quod iis imperabitur fidemque m**ducat salutareque siet. Viros voca proelium ineant. Deinde exercitu in aciem educto, iterum**tur. Interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant." — Walter § 633. Not. 3. **1382.** Theoph. ad § 1. I. de testam. (II. 10.) „Τὸ δὲ procinctum ἐγίνετο, ἡνίκα ἤμελλον ἐξιέναι ἐπὶ πόλεμον, τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τοῦ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο. Procinctus γὰρ λέγεται ὁ ἐζωσμένος καὶ ἕτοιμος πρὸς παράταξιν· ἐπειδὴ γὰρ ἄδηλα τὰ τῆς ὑποστροφῆς, διατιθέμενοι πρῶτον, οὕτως ὥρμουν ἐπὶ τὸν πόλεμον." (At procinctum fiebat, quando exituri erant in bellum, nomen accipiens ex habitu, quem habentes testabantur. Procinctus enim dicitur instructus et ad proelium paratus. Nam quia incerta erat [spes] reditus, prius testati, ita ruebant in bellum.) — b) Theoph. ad § 1. I. de test. ordin. (II. 10.) **1383.** Gai. II. 103. „Sed illa quidem duo genera testamentorum [sc. calatis comitiis et in procinctu] in desuetudinem abierunt."

Schon Dernburg a. a. O. S. 46. macht darauf aufmerksam, daß das testamentum in procinctu kein Gesetz über das Erbrecht habe sein können. In neuester Zeit hat aber Bering a. a. O. S. 157 ff. die Behauptung aufgestellt, daß es ein Centuriatgesetz gewesen

sei, und weil nach dem Begriffe der familia der Begriff des Erben eine Familienangehörigkeit in sich geschlossen habe, so müsse der in procinctu als Erbe Bezeichnete in ein Familienverhältniß zum Testator treten, mit andern Worten, es habe seine Erbeinsetzung eine Adoption in sich schließen müssen.

Ich übergehe bei Prüfung dieser Ansicht die dort behandelte Frage, ob es vor Aufbruch zur Schlacht noch Zeit gewesen sei, über die Testamente der einzelnen Soldaten centurienweis abzustimmen. Eben so den Satz, daß im Augenblicke vor der Schlacht, wo die drohende Lebensgefahr bei Allen eine ernste von leichtsinnigen Bestimmungen fernhaltende Stimmung hervorrief, es keiner so strengen causae cognitio bedurft hätte, wie sie in den Curiatcomitien regelmäßig stattfinden mochte.

Alle derartige Fragen würden erst dann in Betracht kommen, wenn es erwiesen wäre, daß in procinctu ein Gesetz und eine Abstimmung nach Centurien möglich gewesen wäre. Dagegen spricht aber, wie mir scheint, entschieden Folgendes:

1) War eine causae cognitio über die sacra familiae et gentis bei einem Testamente nöthig, so konnte diese wohl der pontifex maximus anstellen, aber sicher nicht der Feldherr. — Cic. pro domo c. 12. (§ 36. N. 365.) Id. de harusp. resp. c. 7. (§ 36. N. 366.)

2) Bekanntlich wurden regelmäßig nur die centuriae iuniorum zum Kriegsdienst im Felde aufgerufen, während die seniores zum Schutze der Stadt zurückblieben. Also regelmäßig hätten in procinctu nur die centuriae iuniorum abgestimmt. Daß ein Beschluß der Art im Sinne der Römer kein Gesetz war, ist wohl unzweifelhaft. Wo abgestimmt wird: Velitis iubeatis Quirites, konnte ein Bruchtheil der Quiriten sicher nicht wirksam abstimmen. (Voca inlicium omnes Quirites. § 14. N. 115—117.)

3) Wenn endlich Bering a. a. O. S. 160 dafür, daß das Volk bei dem testamentum in procinctu wesentlich einen activen Antheil hatte — doch wohl als gesetzgebend —, sich auf Cic. de orat. I. 53 beruft: „ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret, sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati", so kann dieß nur auf einem Mißverständniß dieser Stelle beruhen, da nach dem Zusammenhang der Stelle (vorhergeht: filios parvos tutelae populi commendasset) nicht der populus Romanus tanquam in procinctu thätig, sondern nur als Vormund tanquam in procinctu ernannt sein sollte.

**c)** Testamentum per aes et libram. Schrader, Hugo's civ. Mag. Bd. V. S. 152 ff. Dernburg a. a. O. S. 79 ff. Klein, De testamento per aes et libram. Amstel. 1830. Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Civilr. S. 245 ff. Huschke, Nexum S. 212 ff. Bering a. a. O. S. 168 ff. Leist in Glück's Comment. 1870. Thl. I. S. 441 ff. Leist, die bon. possessio I. S. 146 ff. Ihering II. 2. S. 554. — a) In der frühesten Zeit. Gell. XV. 27. (N. 1375.) Gai. II. 102. „Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet; quod testamentum dicitur per aes et libram; scilicet quia per mancipationem peragitur." 103. „Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur." 104. „Eaque res ita agitur: Qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis

gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam* recipio, eaque* quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiiciunt aeneaque libra, esto mihi empta. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco, deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.“ Puchta III. § 306 liest: „familiam pecuniamque tuam endo mandatela tutela custodelaque mea* ex iure Quiritium esse aio, eaque* quo tu etc.“ — Lachmann: „familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam, quo tu iure etc.“ Huschke I. A. „familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodelaque mea* ex iure Quiritium esse aio, eaque*, quo tu etc.“ Nach Böcking's Apographum: „endo mandatela tutam custodelaque mea quo tu iure etc.“ **1384.** Ulp. XX. 2. „Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. Sed illis duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam, in quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.“ Theoph. ad § 1. I. de testam. ordin. (II. 10.) (N. **1381.**) Fest. v. Nexum. (§ 123. N. 997.) Glück, Comment. Bd. XXXIV. S. 237 ff. — Huschke, im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 292 ff. Puchta III. §. 306. S. 202 ff. Rein S. 788 ff. Kuntze II. S. 137. 138. Ihering II. 2. S. 559. Bering S. 177 ff. Dernburg, Beitr. zur Gesch. der Test. S. 98 ff. Dirksen, Sell's Jahrb. II. S. 79 ff. Schilling, Bemerkungen über röm. Rechtsg. S. 96 ff. Schrader, Hugo's civ. Magaz. V. S. 152 ff. Huschke, Nexum S. 214 ff. Mommsen, Stadtrechte S. 394. Not. 13. (Unter den Aelteren vorzügl. Wernsdorf, Obs. de familiae emptore ipso herede in testam. per aes et libram condito. Wittenb. 1780.) Eine Zusammenstellung der Litteratur über die eigentliche Natur des Mancipationstestaments bei Bering S. 180. Not. 1.

Wann das s. g. Mancipationstestament in der ältesten uns von Gaius erwähnten Form aufgekommen ist, ist nicht zu erweisen. Ob es also schon vor den zwölf Tafeln in dieser Form, durch welche der familiae emptor noch heredis loco war, neben dem testamentum calatis comitiis und in procinctu in Uebung gekommen ist, wird quellenmäßig nicht zu erweisen sein. Die äußere Veranlassung, die drohende subita mors, läßt aber vermuthen, daß es schon in sehr früher Zeit in Gebrauch kam. Wer in jenen beiden ältesten Testamentsformen ein Specialgesetz gegen die legitima hereditas oder eine Adoption sieht, wird in dem neueren Mancipationstestament diesen Gedanken wieder finden müssen, und so sagt Bering (a. a. O. S. 187), daß der familiae emptor durch die familiae mancipatio in eine so enge Verbindung mit dem Testator getreten sei, wie wenn er ein Familienglied desselben geworden wäre, wie wenn er in calatis comitiis von demselben arrogirt worden wäre. Er bezieht deßhalb die Worte: quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam auf die XII Tafeln und sieht darin eine Hinweisung, daß durch eine lex publica d. h. durch das Gesetz der XII Tafeln, das Mancipationstestament rechtlich garantirt sei. — Wäre nun eine Arrogation der Erben die alte Form des Testaments gewesen, so würde auch diese bei dem s. g. Mancipationstestamente durch den Satz: quo tu iure testamentum facere etc. haben hervorgebracht werden müssen, denn gerade darin hätte ja das testamentum bestanden. Die nuncupatio sollte ja den Inhalt eines Testaments durch lex mancipii hervorbringen. Wenn aber das älteste Testament, das testari calatis comitiis, eine Arrogation des Erben war, so hätte auch in dem ita testor eine solche liegen müssen.

Die geschichtliche Entwickelung des testamentum per aes et libram scheint mir nach der Beschreibung der Vorgänge bei diesem Testamente von Gaius (N. 1381.) und Theophilus) (N. 1385.) folgende gewesen zu sein:

I) der familiae emptor zuerst heredis loco.

Zunächst ist kein Grund vorhanden die Möglichkeit der mancipatio familiae erst nach der Zwölftafelgesetzgebung anzunehmen, da die zwölf Tafeln die mancipatio nicht einführten, sondern nur bestätigten. Eben so war auch die Veranlassung zu dieser Testamentsform, die Gaius anführt, sicher von jeher vorhanden: si subita morte aliquis urguebatur. Wie man sich in diesem Falle, wenn auch unvollkommen half, berichtet eben Gai. II. 102. Man half sich damit, daß man amico familiam mancipio dabat amicumque rogabat, quid cuique post mortem suam (sc. mancipantis) dari vellet.

Da dem Freunde die familia i. e. patrimonium mancipirt war, so war die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit, das universum ius des mancipans, auf ihn übertragen. Uebertragen aber konnte diese bei Lebzeiten nicht werden, ohne auch die persönliche Freiheit aufzugeben. Auch diese letztere aufzugeben war aber nicht die Absicht bei dieser familiae mancipatio. Wie war es daher möglich, beides bei der mancipatio familiae zu trennen? Das Mittel, wodurch dieß möglich wurde, ergiebt sich aus der Formel, die uns aus späterer Zeit erhalten ist, als der familiae emptor nur noch dicis gratia angewendet wurde. Der Erblasser würde Alles, was er wollte, erreicht haben, wenn er das Recht, das aus dieser mancipatio familiae fließen sollte, in der Mancipationsformel selbst genügend begränzte. Das aber, was der Erblasser bei der familiae emptio übertragen wollte, war ein Recht an der familia, das gleich sein sollte dem Rechte, welches der familiae emptor als testamentarischer Erbe an der familia des mancipans gehabt haben würde. Genau dieß sagt aber die uns bei Gaius erhaltene Formel in dem hinsichtlich der Lesart unbestrittenen Theil derselben. Der familiae emptor kauft nach dieser Formel familiam pecuniamque eo iure, quo mancipans testamentum facere possit secundum legem publicam d. h. der familiae emptor erwirbt die familia durch seinen Kauf mit keinen anderen Befugnissen als ein Erbe daran haben würde, der in einem Testamente secundum legem publicam d. h. calatis comitiis oder in procinctu eingesetzt wäre. Der familiae emptor hat daher die familia nur erworben, wie sie der eingesetzte Erbe haben würde d. h. bis zum Tode des Erblassers ohne Anspruch auf Aushändigung und bis dahin nur widerruflich, also keineswegs in der Weise eines Erbvertrags. Was aber im Augenblicke des Todes des mancipans zur familia an activis und passivis gehört, ist auf den familiae emptor in dieser Beschränkung übergegangen. Was aber bei testamentarischem Erbrechte als Legat hätte angeordnet werden können, war in der Form der Uebertragung durch familiae mancipatio nicht möglich festzusetzen, da aus dem Geschäfte zwischen familiae emptor und mancipans ein legatenähnliches Verhältniß zwischen familiae emptor und dem, der legatarii loco sein würde, nicht möglich war. Jede solche Bestimmung würde ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten gewesen sein. Für das also, was durch Testament in Folge des Satzes: Uti legassit ita ius esto (Bd. I. S. 190) dari potest, blieb nichts übrig als eine Bitte (rogare) an den zuverlässigen Freund (amicus), der wirksam dari potest, weil ihm das patrimonium des Verstorbenen nunmehr gehört.

Das Resultat für diese älteste Form des s. g. Mancipationstestamentes ist demnach so zusammenzufassen:

1) Die familia des mancipans kauft der amicus. Daß aber durch die familiae mancipatio eine Universalsuccession herbeigeführt wurde, hat nichts Auffallendes, wenn man bedenkt, daß eine hereditatis usucapio möglich war. Vergl. Leist, in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 und 38. Thl. I. S. 166ff. Bekker, Aktionen I. S. 36. — Aber er kauft sie

2) nur in demselben Umfange und mit derselben Wirkung, welche die Einsetzung eines Erben im Testamente haben würde, nicht mehr und nicht weniger;

3) insoweit ist der familiae emptor wirklich heredis (sc. testamento instituti) loco; da er aber

4) in diese Lage durch Vertrag gekommen ist, so können Dritte, so weit sie als Gläubiger Rechte an der familia (i. e. patrimonium) haben, diese gegen den geltend machen, der diese familia kaufte, und umgekehrt auch der Käufer dieser familia gegen die Schuldner dieser familia diese Rechte geltend machen d. h. der familiae emptor ist auch gegen Schuldner und Gläubiger der familia wirklich heredis loco.

5) Letztwillige Zuwendungen sind aber nicht Schulden der verkauften familia, sondern würden Schulden des familiae emptor sein. Schuldner von Dritten kann aber der familiae emptor nicht werden durch einen Vertrag mit dem mancipans, und da auch ein mandatum post mortem nicht möglich ist, so kann der familiae emptor nur gebeten werden, solche Zuwendungen zu erfüllen.

So im Allgemeinen. — Im Einzelnen möchten aber noch folgende Punkte in Betracht kommen:

1) Daß wir in der von Gai. II. 104 erwähnten Formel die alte Formel der familiae mancipatio wenigstens theilweis zu sehen haben, scheint mir nicht zweifelhaft, denn der familiae emptor wird bei der neueren Form des Mancipationstestamentes dicis gratia angewendet propter veteris iuris imitationem. Gai. II. 103.

2) Nach Gai. II. 103. heißt es vom familiae emptor einfach: familiam accipiebat mancipio. Die einfache familiae mancipatio würde des Zusatzes: endo mandatela etc. nicht bedurft haben, ja einem eigentlichen mancipio accipere würde diese Formel geradezu hinderlich gewesen sein. Die familiae mancipatio wird daher in ihrer ältesten Form nur gelautet haben: Familiam pecuniamque tuam ex iure Quiritium meam esse aio, und nur mit dem Zusatze: eoque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra, esto mihi empta itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. Denn der amicus sollte sie wirklich als sua haben, wenn auch nur mit dem Rechte eines eingesetzten Erben, er sollte wirklich selbst heredis loco sein. Wenn sie nur in mandatela, tutela custodelaque des familiae emptor sein sollte, so konnte der familiae emptor nichts daraus in's Eigenthum derer übertragen, denen der Erblasser Etwas post mortem suam dari vellet, überhaupt die familia pecuniaque durch seinen Willen nicht mindern. Dieser Zusatz ist daher sicher erst zu der Zeit in die Formel gekommen, in welcher der familiae emptor nicht mehr heredis loco sein sollte.

3) Bei Lebzeiten die familia sub conditione mortis durch Mancipation zu übertragen war nicht möglich. (fr. 77. D. de R. I. 50, 17.) Die Formel lautete daher auf sofortige Uebertragung des durch „quo iure testamentum etc." beschränkten Rechtes: „du sollst an meiner familia jetzt schon dasselbe Recht gekauft haben, was ein eingesetzter Erbe an derselben haben würde." Und als später die familia nur in die mandatela, tutela custodelaque des familiae emptor kam, kam er in dieses Recht auch wieder unbedingt, und nicht sub conditione mortis. Der Gedanke war und blieb eben auch hier der einer sofortigen Uebertragung der familia pecuniaque, aber freilich nur in dem Umfange, in dem sie ihm jetzt übertragen wurde.

II. Der familiae emptor ist nicht mehr heredis loco, sondern wird nur dicis gratia zugezogen.

Zwei Sätze der zwölf Tafeln machten später eine andere Form der familiae mancipatio möglich. Einmal der Satz: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, und dann der zweite Satz: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

8*

Eine andere Form der Testamente, als calatis comitiis und in procinctu, gab es nicht. Aber der Satz galt ganz allgemein: Uti legassit, ita ius esto. Wie konnte man nun legare auch ohne ein testamentum calatis comitiis und in procinctu zu errichten? Man benutzte eben den zweiten Satz, indem man ein „legare" beim mancipium lingua nuncupavit und auf diesem Wege das hier ausgesprochene legare zum ius machte.

Man hätte also hiernach auch den wirklich intendirten Erben durch familiae mancipatio zunächst heredis loco machen und dann die legata dabei lingua nuncupare können. Unter besonderen Umständen hielt man es aber für angemessener den familiae emptor nicht heredis loco sein zu lassen oder schriftlich zu testiren, ganz ähnlich wie im Mittelalter bei den Salmannen. (Beseler, Erbvertr. I. § 15. 16. Bering a. a. O. S. 826 ff.) Aber man brauchte einen familiae emptor zum mancipium, und man brauchte das mancipium, um dabei wirksam lingua nuncupare zu können. Aber mit derselben Formel wie ehedem konnte man dem familiae emptor die familia nicht mancipiren, denn er würde sie sonst heredis loco gehabt haben. Es mußte ihm an der familia ein anderes Recht mancipirt werden, das ihm kein Recht wie einem Erben gab, daher jetzt der Zusatz endo mandatela, tutela custodelaque esto mihi empta. Ehe es dann zum Zeugenausruf kommt, lingua nuncupat der mancipans: Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. Weil dieses dare, legare, testari nun beim mancipium lingua nuncupatum est, ist es ius, und dieser Theil des Testamentes heißt daher mit Recht „nuncupatio." Beides zusammen, familiae mancipatio und nuncupationis verba, macht die Verfügung erst materiell zu einem Testament. Gai. II. 119. in f. Und da der familiae emptor nur der Form wegen zugezogen wird, so hat er jetzt auch nur denselben Zweck wie die testes, und wie der libripens testium numero war, so jetzt auch der familiae emptor. Alle Rechte, die der Satz: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, bei eigentlichen Testamenten zur Entstehung bringen konnte, waren jetzt auf diesem Wege für den in tabulis cerisque Genannten zum ius geworden d. h. es war unter der Form der mancipatio als lex mancipationi dicta wirklich testirt, legirt u. s. w. weil dieses lingua nuncupatum erat. Erst mit dieser Form des Testaments ist wohl das obsignare, das signis signare, der Testamente aufgekommen. Cic. pro Cluent. 13. 14.

Wo mündlich per aes et libram testirt werden sollte, mag es fraglich sein, ob man da nicht des alten testamentum calatis comitiis oder in procinctu sich bedienen mußte, oder ob es mit Veränderung der formula nuncupationis auch per aes et libram geschehen konnte. (Leist, die Bon. poss. I. S. 146 ff.) Vielleicht dann mit Umstellung der Formel: Haec ita uti lingua nuncupavi ita do, ita lego, ita testor etc. Da aber Gaius bei Darstellung der Form des neueren Mancipationstestamentes nur die des schriftlichen erwähnt, so mag diese wohl die bei weitem häufigere, wo nicht in erster Zeit die einzige, gewesen sein.

b) Spätere Veränderungen vorzüglich während der Kaiserzeit. Gai. II. 103. 104. Ulp. XX. 2. **1385**. Theoph. ad § 1. I. de test. ord. (II. 10.) „Καὶ αὐτὸ δὲ per aes et libram κατεφρονήθη κατὰ μικρόν· ἐπειδὴ γὰρ ὁ familiae emptor αὐτὸς ἦν καὶ κληρονόμος, καὶ ἐντεῦθεν λοιπὸν γινώσκων, ὅτι αὐτὸς ἔσται διάδοχος, ἐπεβούλευε τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας· διὰ τοῦτο κατὰ μὲν τὸ ἀρχαῖον σχῆμα παρελαμβάνετο familiae emptor, ὅστις εἰκονικῶς ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν ὑπόστασιν· ὁ δὲ διαθέμενος ἰδίᾳ ἔγραφεν ἐν δέλτοις ἢ ἐν χάρταις, ὃν ἠβούλετο ἔσεσθαι αὐτῷ κληρονόμον. (*Vers. Reitz.* Atque ipsum per aes et libram paullatim spretum fuit. Quoniam enim familiae emptor idem erat ac heres, et inde porro sciens se fore successorem, insidiabatur domino patrimonii: ideo secundum antiquam quidem formam adhibebatur familiae emptor, qui morituri patrimonium imaginarie emebat; sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse.) **1386**. Isid. Orig. V. 24. „Testa-

mentum iuris civilis est quinque testium signis signatum, subscriptione firmatum. Testamentum iuris praetorii est septem testium signis signatum." Suet. Nero c. 4. Tiber. c. 23. — v. Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. I. S. 78 ff. Glück a. a. O. S. 253 ff. Walch, De mutata a Constantino M. testam. iuris civilis forma. Jenae 1830.

**d)** Das neueste Civiltestament. c. 2. C. de bon. poss. sec. tab. (VI. 11.) Gordian. 242 p. Chr. — **1387.** § 3. I. de test. ordin. (II. 10.) „Sed quum paullatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore (quod ius civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis et subscriptione testium (quod ex constitutionibus inventum est), et (ex edicto praetoris) signacula testamentis imponerentur; ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris." — v. Savigny a. a. O. S. 92 ff. Glück a. a. O. S. 270 ff. Vering a. a. O. S. 198 ff. Leist a. a. O. I. S. 158 ff.

**e)** Die Eröffnung der Testamente. — Brissonius, De formulis. VII. 11. 12. Glück, Comment. XLIII. § 1501. **1388.** Paull. IV. 6. § 1. „Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archium redigatur, ut, si quando exemplum eius interciderit, sit, unde peti possit." — fr. 7. D. testam. quemadmodum (29, 3.) **1389.** fr. 4. D. eod. „Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere." — fr. 5. D. eod. „vel negare, se signasse; publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere." — Keller, Instit. § 310.

## C) Inhalt der Testamente.

### § 166.

#### 1) Die Erbeseinsetzung.

a) Die Form derselben [a]). — b) Die Beschränkung durch die lex Voconia. [b])

**a)** Die Form der Einsetzung. — Schweppe § 445. Walter § 638. Kuntze, Cursus I. § 876.

**1390.** Gai. II. 229. „Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. — a) **1391.** Id. II. 117. „Solemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa iam comprobata videtur: Titium heredem esse iubeo; at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque improbatae sunt: Heredem instituo, item: Heredem facio." **1392.** Ulp. XXII. 9. „Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus." — b) c. 15. C. de testam. ordin. (VI. 23.) **1393.** Constantin. Constantius et Constans. (339 p. Chr.) „... placuit, ... institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis." — c) c. 21. § 6. C. eod. (VI. 23.) **1394.** Theodos. et Valentin. (439 p. Chr.) „Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam Graece omnibus liceat testari." c. 24. C. eod. (VI. 23.) **1395.** Iustinian. (528 p. Chr.) „Ambiguitates .. resecandas esse censemus, et sive institutio heredum post

legatorum dationes scripta sit, vel alia praetermissa sit observatio non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius, qui testamentum scribit, nulli licentiam concedimus, per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere vel minuere."

**b)** Lex Voconia v. J. 585 u. c. rogirt von Q. Voconius Saxa. — (Cic. pro Balbo. 8.) — Schweppe § 444. Hugo S. 386 ff. Walter § 639. 677. Rein S. 778 ff. Außer den bei Rein a. a. O. Not. 4 Citt. sind noch hinzuzufügen: Rudorff, Rechtsgesch. I. § 24. Mühlenbruch in Glück's Comm. XXXIX. S. 281 ff. Huschke, Zeitschr. für Rechtsg. V. S. 181 ff. v. Vangerow, Ueber die lex Voconia. 1863. Voigt, die conditiones S. 228 ff. Schlagintweit, in Ihering's Jahrb. VI. S. 339—342. Schmidt, das form. Recht der Notherben. S. 22. Not. 63. Mommsen, Gesch. des röm. Münzwesens S. 302. Not. 40. Bering a. a. O. S. 746 ff. — a) **1396**. Cic. in Verr. II. 1, 41. „..sanxit in posterum, (sc. lex) qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.." **1397**. Pseudo-Ascon. in h. l. (§ 106. ed. Orell.) „Voconius legem tulerat, ne quis census, hoc est, pecuniosus, heredem relinqueret filiam. Hoc ergo caput edicti est legem Voconiam probantis praetoris." (Hierzu noch Hasse, Rhein. Mus. III. S. 193.) **1398**. Cic. in Verr. II. 43. „pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam." **1399**. Cic. de re publ. III. 10. „quae quidem ipsa lex (sc. Voconia) utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. Cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? Cur autem si pecuniae modus statuendus sit feminis, P. Crassi filia potest habere, si unica patri esset aeris millies, salva lege; mea tricies non potest***." Gell. VII. 13. **1400**. Id. XX. 1. „Quid utilius plebiscito Voconio, de coërcendis mulierum hereditatibus?" **1401**. Dio Cass. LVI. 10. „Τῶν δὲ γυναικῶν τισι καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνιον νόμον, καθ' ὃν οὐδεμιᾷ αὐτῶν οὐδενὸς ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν." [Quumque lege Voconia mulieres prohiberentur maiorem centum millibus nummum hereditatem adire, ea quoque lege quasdam solvit.] **1402**. Augustin. de civit. dei III. 21. „Lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam." **1403**. Gai. II. 274. „Item mulier, quae ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest." — b) **1404**. Quinctil. declam. 246. „Ne liceat mulieri plus quam dimidiam partem bonorum capere." — c) **1405**. Paull. IV. 8. § 22. „Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineorum successiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII Tabularum sine illa discretione sexus [feminini] agnatos admittit." Ulp. XXIV. 6.

## 2) Außerwesentlicher Inhalt.

### §. 167.

a) Modalität der Erbeseinsetzungen [a]), Substitutionen [b]), tutoris datio. [c])

**a)** Vergl. im allgemeinen über Bedingungen bei der Erbeseinsetzung v. Vangerow, Leitfaden Bd. II. § 434. Ueber die Bedingung, nicht zu heirathen, conditio viduitatis Schweppe S. 776 ff. Glück, Comment. Bd. XXIV. S. 101 ff. — a) fr. 22. 62. § 2. fr. 64. D. de conditt. et demonstr. (XXXV. 1.) — b) c. 2. 3. C. de indicta viduitate et lege Iulia Miscella tollenda. (VI. 40.) v. J. 531 p. Chr. — c) Nov. 22. c. 43. 44. (v. J. 536 p. Chr.)

**b)** 1) Vulgaris substitutio. — Schweppe § 446. v. Tigerström § 176. Walter § 638. — Cic. de invent. II. 21. Id. pro Cluent. c. 9. Gai. II. 174—178. Ulp. XXII. 33. 34. — tit. I. de vulg. subst. (II. 15.) c. un. pr. C. de caduc. tollend. (VI. 51.)

2) Pupillaris substitutio. — v. Tigerström § 177. Schweppe § 446. Walter § 638. v. Vangerow II. § 452. Wilckens, De pupillari substitut. quaest. quaed. Berol. 1861. Pernice in Bekker und Muther Jahrb. I. S. 217 ff. Huschke Zeitschr. für Civilr. N. F. VI. S. 374. Not. 1. Brinz, Pand. S. 779. Bering a. a. O. S. 343 ff. Keller, Instit. S. 264 ff.

**1406.** Gai. II. 179. „Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere possumus, id est, ut si heredes *nobis* non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius ut etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit iis aliquis heres, velut hoc modo: Titius filius meus mihi heres esto; si filius meus mihi *heres non erit, sive heres* erit, et *prius* moriatur quam in suam tutelam venerit, *tunc* Seius heres esto." — 180. „Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus; quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum." **1407.** Cic. de inv. II. 21. „Quidam pupillum heredem fecit; pupillus autem ante mortuus est, quam in suam tutelam veniret. De hereditate ea, quae pupillo venit, inter eos, qui patris pupilli heredes secundi sunt, et inter agnatos pupilli controversia est. Possessio heredum secundorum est. Intentio est agnatorum: „Nostra pecunia est, de qua is, cuius agnati sumus, testatus non est." Depulsio est: „Immo nostra, qui heredes secundi testamento patris sumus." Quaestio est: „Utrorum sit?" Ratio est: „Pater et sibi, et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset. Quare, quae filii fuerunt, testamento patris nostra fiant necesse est." Infirmatio est rationis: „Immo pater sibi scripsit, et secundum heredem non filio, sed sibi iussit esse. Quare, praeterquam quod ipsius fuit, testamento illius vestrum esse non potest." Iudicatio: „Possitne quispiam de filii pupilli re testari: an heredes secundi, ipsius patrisfamilias, non filii quoque eius pupilli heredes sint?" — — Supponatur enim ab heredibus haec ratio: „Unius enim pecuniae plures, dissimilibus ex causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset." Infirmatio haec erit: „Non est una pecunia: propterea, quod altera iam erat pupilli adventicia; cuius heres non, illo tempore, testamento quisquam scriptus erat, si quid pupillo accidisset; et de altera, patris etiam nunc mortui voluntas plurimum valebit, quae illam (al. iam) mortuo pupillo suis heredibus concedebat." Iudicatio est: „Unane pecunia fuerit?" **1408.** Id. de orat. I. 39. „quum Q. Scaevola . . . ex scripto testamentorum iura defenderet, negaretque, nisi postumus et natus, et, antequam in suam tutelam venisset, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum, et natum, et mortuum, heres esset institutus: ego autem defenderem hac eum tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in tutelam veniret, M'Curius esset heres." Id. de orat. I. 57. II. 52. — Zu welcher Zeit die pupillaris substitutio aufgekommen sei, läßt sich durchaus nicht mit Bestimmtheit angeben, da uns nur durch Ulpian (fr. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. XXVIII. 6.) die Notiz aufbewahrt ist, daß sie „moribus introducta" sei, und es ist daher die Annahme von Frank (De origine et natura vulgaris et pupillaris substitutionis. Jenae 1829. p. 5.) wenigstens willkürlich, deren Aufkommen kurz nach der Zeit der Decemvirn zu setzen. Soviel ist aber allerdings nicht zu bezweifeln, daß sie schon zur Zeit der Republik, wenn auch in anderer Weise, als es später der Fall war, bestand. Was nämlich schon Frank (l. c. p. 6 ss.) angedeutet und später

Francke (das Recht der Notherben S. 458 ff.) weiter ausgeführt hat, daß die Pupillarsubstitution ursprünglich nichts anderes war, als eine zweite Erbeseinsetzung für den Vater, eine modificirte Vulgarsubstitution [wie sich Vangerow Bd. II. § 452. ausdrückt], die zu einer Zeit aufkam, in welcher väterliche Gewalt und Testirfreiheit noch in voller Unbeschränktheit bestanden, deutet entschieden auf einen sehr frühen Ursprung hin.

3) S. g. Quasi pupillaris substitutio. — Hüffer, De substitutione quasi pupillari. Vrat. 1853. c. 9. C. de impuberum et aliis substitutionibus. (VI. 26.) v. J. 528 p. Chr. vergl. mit § 1. I. de pupill. subst. (II. 16.)

**c)** Tutoris datio. (Siehe Bd. I. S. 186.) — a) Ulp. XI. 14. 15. Gai. I. 144. 189. — b) Gai. II. 149. 289. c. 2. C. de confirm. tut. (V. 29.) — c) Ulp. XI. 14. fr. 1. § 2. fr. 6. D. de confirm. tut. (XXVI. 3.) — Schweppe a. a. O. § 504.

## b) Von den Legaten und Fideicommissen.

### § 168.

### α) Von den Legaten. *)

1) Die Formen der Legate. [a]) — 2) Die Beschränkungen in der Zuwendung der Legate. [b]) (Regula Catoniana. Lex Furia testamentaria. Lex Voconia. Lex Falcidia.)

*) G. Hartmann, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse im röm. Recht. 1872. — Hugo S. 256. 569 ff. Schweppe § 490—503. v. Tigerström § 199—203. Walter § 672. 673. Rein S. 804 ff. Kuntze, Curs. I. § 914—917. Arndts Rechtslex. VI. S. 379 ff. Roßhirt, Lehre v. den Vermächtnissen. 2 Thle. Mayer, Von den Legaten und Fideicommissen. Abth. I. Bering a. a. O. S. 668 ff. Schirmer, Handb. I. S. 107 ff. **1409**. Ulp. XXIV. 1. „Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur; nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur." Gai. II. 104. 224.

---

**a)** I. Form der Legate.

A) Allen Legaten gemeinsame Bedingungen. — a) **1410**. Ulp. XXIV. 1. 15. „Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit." § 34. I. de legat. (II. 20.) — b) Ulp. XXIV. 1. XXV. 9. „Item Graece fideicommissum scriptum valet, licet legatum Graece scriptum non valeat." Gai. II. 281. Voigt, Ius nat. II. S. 32. Not. 18. — c) **1411**. Ulp. XXIV. 20. „A legatario legari non potest." Id. XXIV. 21. 25. Gai. II. 260. 271. — § 35. I. de legat. (II. 20.) — d) **1412**. c. 21. C. de legat. (VI. 37.) Constantinus, Constantius et Constans. (339 p. Chr.) „In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit." — Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. IX. S. 63—65.

B) Formen der einzelnen Legate in ältester Zeit.

1) Legatum per vindicationem. — Mayer, Die Lehre von den Legaten I. S. 7 ff. Bering a. a. O. S. 693. 694. Pöschmann, Observ. ad ius anteiustinianeum triga. 1857. Dazu Dietzel, Krit. Zeitschr. V. S. 554 ff. Köppen a. a. O. S. 74 ff. a) **1413**. Ulp. XXIV. 3. „Per vindicationem his verbis legamus: do, lego, capito, sumito, sibi habeto. **1414**. Id. XXIV. 7. „Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuerunt, mortis, et quando testamentum

faciebat, praeterquam si pondere, numero, mensura contineantur; in his enim satis est, si vel mortis dumtaxat tempore fuerint ex iure Quiritium." — **1415**. Gai. II. 194. „Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocunque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere, *eam rem suam* ex iure Quiritium esse." Gai. II. 195—198. 204. — b) Gai. II. 200. Ueber die Lesart (Gai. II. 200.): „de eo, quod sine condicione pure legatum est" vergl. van der Hoven in der Zeitschr. für Rechtsg. VII. S. 258. Dieser schlägt statt der Tautologie „sine condicione pure" vor: „quod sine condicione per vindicationem legatum est." **1416**. Gai. II. 199. „Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere; coniunctim autem ita legatur: Lucio Titio et Seio hominem Stichum do lego; disiunctim ita: Lucio Titio hominem Stichum do lego; Seio eundem hominem do lego." — Hugo a. a. O. S. 230. 570. Marezoll a. a. O. S. 65 ff.

2) Legatum per damnationem. Marezoll a. a. O. S. 97 ff. — a) **1417**. Gai. II. 201. „Per damnationem hoc modo legamus: Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto; sed et si dato scriptum sit, per damnationem legatum est." Id. II. 200—204. Ulp. XXIV. 4. — b) **1418**. Gai. II. 197. „Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset: optimum autem ius est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit." c) fr. 5. § 4. fr. 6. D. de in litem (XII. 3.) vergl. mit fr. 34. D. de usur. (XXII. 1.) fr. 9. pr. § 1. D. de R. C. (XII. 1.) fr. 8. D. de usufr. ear. rer. (VII. 5.) Gai. II. 282. — d) **1419**. Gai. II. 206. „Quod autem diximus, deficientis portionem (in) per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario accrescere, admonendi sumus, ante legem Papiam iure civili ita fuisse: post vero legem Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent." Id. II. 207. 208. — Schneider, das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Iulia et Papia. Berl. 1837. S. 21 ff. Dazu die Rec. v. Huschke in Richter's Jahrb. 1838. S. 308 ff. Ders. Nexum S. 213—224. Rudorff zu Puchta's Institt. III. § 321. Not. q. r.

3) Legatum sinendi modo. Marezoll a. a. O. S. 103 ff. Rudorff zu Puchta's Institt. III. § 321. Not. u. Pöschmann l. c. p. 7. — a) **1420**. Gai. II. 209. „Sinendi modo ita legamus: Heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere." Id. II. 210. 211. — b) **1421**. Gai. II. 213. „Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eousque, donec is heres tradendo, vel mancipando, vel in iure cedendo legatarii eam fecerit; ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est, quidquid heredem ex testamento dare, facere oportet." Id. II. 214. 215.

4) Legatum per praeceptionem. — Degenkolb, De legato quod fiebat per praeceptionem. Berol. 1855. Rein S. 806. Not. 3. a) **1422**. Gai. II. 216. „Per praeceptionem hoc modo legamus: Lucius Titius hominem Stichum praecipito." Id. II. 217—218. Ulp. XXIV. 6. — Marezoll a. a. O. S. 114 ff. — b) **1423**. Gai. II. 219. „Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est, dividunda accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut

quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur.“ Paull. III. 6. § 1. — c) **1424**. Gai. II. 223. „Sive tamen heredibus, secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis, secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim, aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.“

C) Weitere Entwickelung derselben. — a) SCum Neronianum. Gai. II. 197. (N. **1418**.) Gai. II. 212. 218. **1425**. Ulp. XXIV. 11a. „..senatus consulto Neroniano confirmatur, quo cautum est, ut quod minus ratis verbis legatum est, perinde sit ac si optimo iure legatum esset...“ — b) **1426**. c. 21. C. de legat. (VI. 37.) Constantin., Constantius et Constans. (339 p. Chr.) „In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit.“ — c) c. 1. C. communia de legat. et fideic. (VI. 43.) Iustinian. (529 p. Chr.) c. 2. C. eod. (VI. 43.) Iustinian. (531 p. Chr.) § 2. I. de sing. reb. per fideic. rel. (II. 24.) — Marezoll a. a. O. S. 247 ff.

**b)** II) Beschränkungen derselben.

A) Rücksichtlich der Fähigkeit des Honorirten. (Regula Catoniana.) Harnier, de reg. Caton. Heidelb. 1820. § 5. Guyet, Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts. Heidelb. 1829. S. 104. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtn. Bd. I. S. 413 u. die Not. 2 Citt. v. Vangerow, Pand. II. § 540. Bering a. a. O. S. 715 ff. Rivier, De discrimine quod inter regulam Catonianam et eam quae l. 29. D. de R. I. continetur iuris antiqui regulam interest. Berol. 1858. — a) **1427**. fr. 1. D. de regul. Caton. (XXXIV. 7.) „Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.“ — b) **1428**. Ulp. XXIV. 31. „Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore; per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti; eorum vero, quae sub conditione relicta sunt, quum conditio extiterit.“ fr. 3. 4. D. h. t. (XXXIV. 7.)

B) Rücksichtlich des Umfanges der Zuwendung.

1) Lex Furia testamentaria (v. J. 571. u. c.) Goeppert, De lege Furia quae vocatur testamentaria. Vratisl. 1856. Hugo S. 386. Walter § 677. v. Tigerström a. a. O. S. 696. Rudorff, Rechtsgesch. I. § 23. Huschke, Nexum S. 141 ff. Ders., Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 175 ff. Kuntze, Cursus S. 153. 154. Voigt, Cond. ob causam S. 227. Leist, in Glück's Comment. Ser. 37. Bd. I. S. 288 ff. Schilling, Bemerkungen. S. 103 ff. — **1429**. Gai. II. 225. „Itaque lata est, lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve caussa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit: qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.“ **1430**. Ulp. I. 2. „Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mile asses legati nomine mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.“ XXVIII. 7. Fragm. **1431**. Vat. § 301. „Sic et lex Furia scripta est: eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.“

2) Lex Voconia (§ 166.) — **1432**. Gai. II. 226. „Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve caussa capere liceret, quam heredes caperent, ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen fere vitium simile nascebatur: nam in multas legatariorum personas distributo

patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere *(testator)*, ut non expediret heredi. huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere."

3) Lex Falcidia (v. J. 714 u. c.) — Gai. II. 227. Ulp. XXIV. 32. fr. 77. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) pr. I. de leg. Falcid. (II. 22.) — Roßhirt a. a. O. S. 520 ff. Voigt a. a. O. S. 232 ff.

## § 169.

### β) Von den Fideicommissen.*)

1) Die Entstehung und Form der Fideicommisse.[a]) 2) Die weitere Entwickelung derselben.[b])

*) Heinecc. Antiq. II. 23—25. Hugo S. 575. 576. 768 ff. Schweppe S. 849 ff. Walter § 674—676. v. Tigerström a. a. O. § 204. 205. Marezoll a. a. O. S. 116 ff. Kuntze I. § 918. 919.

---

**a)** 1) Entstehung und ursprüngliches Wesen derselben.

1) Aelteste Erscheinung derselben. — (Nach Pernice, Labeo Bd. I. S. 413. 414. ist Fideicommiß in seiner älteren Erscheinung ein Mandat gewesen, eine unter Lebenden ausgesprochene und angenommene Bitte. Die Einverleibung dieser Bitte in's Testament, entweder in der Weise, daß man den Fiduciar an die gegebene Zusage erinnerte oder daß im Testamente bezeugt wurde, der Erbe sei gebeten und habe eingewilligt, sei dann eine spätere Stufe der Entwickelung gewesen, z. B. fr. 40. pr. D. de I. F. (49, 14.) „rogo fundum Titio des, de quo te rogavi.") — a) **1433**. Ulp. XXV. 1. „Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur: nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis." **1434**. Gai. II. 249. „Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: Peto, rogo, volo, fideicommitto, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint." § 1. I. de fideic. hereditt. (II. 23.) fr. 115. D. de legat. I. (XXX.) — **1435**. Gai. II. 285. „Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere: et fere haec fuit origo fideicommissorum; sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur." Id. II. 286. 287. Val. Max. IV. 2, 7.

2) Codicille. — Roßhirt a. a. O. S. 3 ff. Heinecc. l. c. II. 11—13. — a) Isidor. Orig. V. 24. Cic. ad fam. IX. 26. Id. in Verr. I. 47. — b) Ulp. XXV. 8. Gai. II. 270. 273. fr. 37. § 3. D. de legat. III. (XXXII.)

3) Wirkungen eines Fideicommisses. — a) Isid. Orig. V. 24. Ulp. XXV. 1. Gai. II. 266. 267. § 1 I. de fideic. hereditt. (II. 23.) — b) **1436**. Gai. II. 252. „Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris [sc. is, qui hereditatem restituere rogatus erat]. Tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis caussa venire; et quae stipulationes (inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur) inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est, hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi." Ulp. XXV. 15.

**b)** II) Weitere Entwickelung derselben.

1) Die Bestimmungen Augusts. (Rechtliche Wirksamkeit derselben.) — **1437.** § 1. I. de fideic. heredit. (II. 23.) „Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur, et populare erat, paullatim conversum est in assiduam iurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paullatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant." pr. I. de codicill. (II. 25.) Dirksen im Rhein. Mus. Bd. I. S. 49. 50.

2) Die Bestimmungen der späteren Kaiser bis Constantin. (Allmähliche Annäherung an die Legate.) — a) Suet. Claud. c. 23. **1438.** Gai. II. 278. „Praeterea legata (per) formulam petimus: fideicommissa vero Romae quidem apud consulem, vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur; in provinciis vero apud praesidem provinciae." — b) SCum Plancianum. fr. 59. § 1. D. ad leg. Falc. (XXXV. 2.) **1439.** Ulp. XXV. 17. „Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habet." — c) SCum Apronianum. (123 p. Chr.) **1440.** fr. 26. D. ad SCum Trebell. (XXXVI. 1.) „Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam, Apronianum senatusconsultum iubet." Ulp. XXII. 5. — d) **1441.** Gai. II. 285. 287. „Eadem aut simili ex caussa autem olim incertae personae, vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui, neque legari ei possit. Sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque, constitutum est."

3) Insbesondere von den Universalfideicommissen. — a) SCum Trebellianum. (62 p. Chr.) **1442.** Gai. II. 253. „Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi caussa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepti hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit: eaeque in edicto proponuntur." Ulp. XXV. 14. § 4. I. de fideic. heredit. (II. 23.) — b) SCum Pegasianum. (Unter Vespasian.) **1443.** Gai. II. 254. „Sed rursus qui heredes scripti, quum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione (consulibus) senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Per quod senatusconsultum ipse (heres) onera hereditaria sustinet: ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est, eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem; unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi caussa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata

parte inter eos commune sit." Gai. II. 258. 259. Ulp. XXV. 45. § 5. I. de fideic. hereditt. (II. 23.) — c) fr. 18. D. ad leg. Falcid. (XXXV. 2.) — d) § 7. I. eod. (II. 23.)

4) Die Form der Codicille. A. Danz, De externa codicillorum forma. Lips. 1835. Ders. in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. IX. Abh. VIII. Fein in Glücks Comment. XLIV. § 1512. — a) In ältester Zeit. Danz l. c. p. 13. ss. und die dort Not. 14. Citt. pr. I. de codic. (II. 25.) Gai. II. 270. Ulp. III. 12. fr. 14. pr. D. de iure codicill. (XXIX. 7.) — b) Constantin's Festsetzung der Testamentsform für Codicille. — **1444**. c. 1. C. Th. de testam. et codic. (IV. 4.) (v. J. 326 p. Chr.) „In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari." — c) **1445**. c. 7. C. Th. eod. (IV. 4.) Theodos. (v. J. 424 p. Chr.) „... In omni autem genere testamenti sive id praetorio iure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine (ex coni. Haenel. ad perfectam sui plenitudinem) sortiatur, nihilque eius in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuitu venerint, possint iure testimonium perhibere, videlicet, ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus, qui trium testium numero sint contenti." — d) c. 8. § 3. C. de codic. (VI. 36.)

## Capitel IV.

## Vom Civilintestaterbrechte oder der legitima hereditas.

### § 170.

### I. Aeltestes Intestaterbrecht.*)

1) Erbfolge in das Vermögen eines ingenuus. a) 2) Erbfolge in das Vermögen eines libertus. b)

*) Gans, Scholien. S. 300 ff. Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. Aufl. 2. Erlang. 1822. S. 169 ff. (In demselben Buche findet sich § 7. eine Aufzählung der älteren Litteratur über diesen Gegenstand.) Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts. Landshut 1831. S. 257 ff. Hugo S. 257 ff. Schweppe § 450. Christiansen, Rechtsgesch. S. 188 ff. v. Tigerström § 179. Walter § 641. 642. Arndts, im Rechtslexicon. Bd. V. S. 669 ff. Rein S. 817 ff. Vering a. a. O. S. 429 ff. Köppen a. a. O. S. 2 ff. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts I. S. 127 ff. Kuntze I. § 892. 897.
Ueber die Bezeichnung legitima hereditas als das agnatische Erbrecht im Gegensatz des Erbrechts der sui vergl. Schirmer a. a. O. I. S. 47. Not. 1. u. S. 128. Not. 5.

---

a) I) Intestaterbfolge in das Vermögen eines ingenuus.

1) Sui heredes. — a) **1446**. Ulp. XXVI. 1. „Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui liberorum loco sunt (Ulp. XXII. 14.); si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est

cognatos virilis sexus, per mares descendentes eiusdem familiae, id enim cautum est lege duodecim tabularum: Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto." Gai. III. 1—6. **1447**. Coll. legg. Mos. XVI. 3. § 3. Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Sane consanguineos lex non adprehenderat: interpretatione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt." **1448**. Gai. III. 3. „Uxor quoque, quae in manu eius est, ei sua heres est, quia filiae loco est; item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. ." — Glück a. a. O. S. 173 ff. Gans a. a. O. S. 300. 301. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Comment. Bd. XXXVI. S. 164 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 128 ff. — b) Gai. III. 8.

2) Agnati proximi.

a) Vor der Beschränkung Voconiana ratione. — Glück a. a. O. S. 214—216. Hugo S. 261. 262. Schweppe S. 787. Schirmer a. a. O. I. S. 133 ff. — α) **1449**. Gai. III. 9. 10. 11. „*Non tamen omnibus simul agna*tis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, q*ui tunc, quum certum est, aliquem intestato decessisse, proximo* gradu sunt." Ulp. XXVI. 1. Coll. legg. Mos. XVI. 4. 6. — β) **1450**. Gai. III. 12. „Nec in eo iure successio* est; ideoque si a*gnatus proximus hereditatem omiserit, *vel antequam adierit* decesserit, sequentibus nihil iuris ex *lege com*petit." **1451**. Gai. III. 14. „Sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae consecuta est." **1452**. Ulp. XXVI. 5. „Si plures eodem gradu sunt agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint decesserint, eorum pars adcrescit his, qui adierunt: Quodsi nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est." **1453**. Gai. III. 16. „. . sed quaesitum est . . utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sic ut inter suos heredes iuris est, an in capita. Iam dudum tamen placuit, in capita dividendam esse hereditatem."

b) Beschränkung des Intestaterbrechts Voconiana ratione. — **1454**. Paull. IV. 8, § 22. „Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones (ex coni. legitima ultr. cons. successione) non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit." Schulting. Iurispr. vet. Ante-Iust. ad h. l. p. 412. Not. 55. — § 3. I. de legit. agnat. succ. (III. 2.) **1455**. Ulp. XXVI. 6. „Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet; itaque soror fratri sororive legitima heres fit." Gai. III. 14. (S. Bd. II. S. 14. 15.) Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVI. S. 166. Not. 65. Hugo S. 388. Zimmern in der Tübing. krit. Zeitschr. Bd. III. S. 13. Glück a. a. O. S. 217 ff. Besonders: Euler, Ueber die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bei den Römern (als Anhang hinter Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer). S. 305 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 135 ff. Vering a. a. O. S. 431 ff.

3) Gentiles. — **1456**. Coll. XVI. 4. § 2. „Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat, his verbis: Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Nunc nec gentilitia iura in usu sunt." Gai. III. 17. — Glück a. a. O. S. 228 ff. Huschke, Studien S. 155. 156. Vering a. a. O. S. 119. 432. Schirmer a. a. O. I. S. 138 ff.

In welcher Weise die Gentilen geerbt haben, läßt sich durchaus nicht mit Sicherheit bestimmen. Nach Vering fiel der Nachlaß an alle Familien, welche zur gens gehören, zu gleichen Theilen; nach Schirmer fiel er nicht an die gens, sondern an die einzelnen gentiles. Göttling, Röm. Staatsverf. S. 71. 72 nimmt an, daß bei den verschiedenen Stämmen ein verschiedenes Princip der Beerbung bestanden habe.

**b)** II) Intestaterbfolge in das Vermögen eines libertus.

1) Sui heredes. **1457.** Ulp. XXIX. 1. „Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit: ideoque, sive testamento facto decedat, licet suus heres ei non sit, seu intestato, et suus heres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor puta, quae in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat; sed ex edicto praetoris, sive testamento [facto] libertus moriatur, ut aut nihil aut minus quam partem dimidiam bonorum patrono relinquat, contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio illi datur, nisi libertus aliquem ex naturalibus liberis successorem sibi relinquat, sive intestato decedat, et uxorem forte in manu vel adoptivum filium relinquat, aeque partis mediae bonorum possessio contra suos heredes patrono datur."

2) Patronus, patrona liberique patroni. — **1458.** Ulp. XXVII. 1. „Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni." § 2. „Si sit patronus et alterius patroni filius, ad solum patronum hereditas pertinet." § 3. „Item patroni filius patroni nepotibus obstat." § 4. „Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet, ut in capita, non in stirpes, dividatur."

3) Gentiles. — **1459.** Cic. de orat. I, 39. „Quid? qua de re inter Claudios, Marcellos et patricios centumviri iudicarunt, quum Marcelli ab liberti filio stirpe, patricii eiusdem nominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent? nonne in ea caussa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum?" Ueber die Stellen vergl. Huschke, Studien. S. 141 folgg. Göttling a. a. O. S. 72. Hugo S. 263 ff. M. Voigt, De caussa hereditaria inter Claudios patricios et Marcellos acta. Lips. 1853.

## II. Spätere Erweiterungen.

### § 171.

### A) Senatus consultum Tertullianum*) und Orphitianum.**)

*) Glück a. a. O. S. 240 ff. v. Löhr, Von dem Erbrechte der Mutter vor der Nov. 118. im Magaz. für Rechtsw. Bd. IV. S. 109 ff. Heinecc., Antiquitt. Rom. III, 3. § 3—5. v. Vangerow II. § 409. Hugo S. 786. 939. v. Tigerström S. 624. 625. Walter § 644. Schirmer a. a. O. S. 152 ff.

Die Mutter konnte während der Zeit der Republik und bis auf Kaiser Claudius, welcher derselben zuerst ein seinem Wesen und Umfange nach uns ganz unbekanntes Intestaterbrecht gegen ihre Kinder gewährte [§ 1. I. de SCo Tertull. (III. 3.)], nur in zwei Fällen ein solches Recht gegen ihre Kinder in Anspruch nehmen. Civilrechtlich in dem einen Falle, wenn sie durch in manum conventio zur consanguinea ihrer eigenen Kinder geworden war (Gai. III. 14. Coll. legg. Mos. XVI. 2. 6.); nach prätorischem Rechte als Cognatin derselben in der Classe unde cognati [pr. I. de SCo Tertull. (III. 3.)]

Erst durch das Senatusconsultum Tertullianum unter Hadrian [v. Löhr a. a. O. S. 110. Not. 5. Schirmer a. a. O. S. 152. Not. 87. Rücksichtlich der Veränderungen, die dieses SCum auf das Erbrecht des parens manumissor gehabt hat vergl. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus. S. 154 ff.] wurde der Mutter als solcher auch civilrechtlich ein Intestaterbrecht gegeben. Dieses Erbrecht sollte sie aber nur haben, wenn sie

1) das ius liberorum hätte, und zwar als Freigeborene das ius trium liberorum;

als Freigelassene das ius quatuor liberorum [Ulp. XXVI. 8. Paull. IX. 9. — § 2. I. h. t. (III. 3.)] und

2) keine Personen vorhanden waren, welche ihr vorgehen. Dahin gehören aber nach (1460) Ulp. XXVI. 8.

„Intestati filii hereditas ad matrem ex lege XII tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano; si tamen ei filio neque suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus; quodsi soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas."

folgende:

a) die eigenen Kinder des Verstorbenen, wobei es gleichviel ist, ob sie als wirkliche oder fingirte sui, durch B. P. unde liberi, zu dessen Nachlaß berufen sind. fr. 2 § 6. fr. 6. pr. D. ad SCum Tertull. (XXXVIII. 17.)

b) Der leibliche Vater des Verstorbenen [fr. 3. D. h. t. (XXXVIII. 17.)], wenn dieser gesetzlicher Erbe desselben war oder wenigstens eine B. P. cum re agnosciren konnte. Ein Fall der B. P., in welchem der leibliche Vater nur eine B. P. sine re hatte, ist z. B. folgender: Der Verstorbene hinterläßt einen Agnaten, der aber nicht frater consanguineus desselben ist, ferner einen leiblichen Vater, der aber von Jemand adoptirt ist, und endlich seine Mutter; in diesem Falle schließt der Agnat durch sein Vorhandensein, da er zu der B. P. unde legitimi berufen ist, den Vater, der erst in der Classe der Cognaten zur B. P. gerufen ist, wenigstens insoweit aus, daß deßhalb dem Vater nur eine B. P. sine re ertheilt werden kann. (Gai. III. 35.) Da nun hier die Mutter den Agnaten ausschließt nach der Vorschrift des SCum Tertullianum, der Vater aber keine B. P. cum re erhielt, so beerbt hier die Mutter ohneractet des Vorhandenseins des leiblichen Vaters das verstorbene Kind. fr. 2. § 17. D. h. t. (XXXVIII. 17.)

c) Es durfte aber der Verstorbene auch keinen frater consanguineus hinterlassen haben. Hinterließ der Verstorbene aber eine soror consanguinea oder mehrere, so erhielt die Mutter stets die Hälfte des ganzen Nachlasses neben denselben. c. 7. pr. C. h. t. (VI. 56.) Waren aber neben der soror consanguinea auch fratres consanguinei vorhanden, so wurde dadurch die Mutter ausgeschlossen, während die Schwestern mit den Brüdern gemeinsam erbten. § 3. I. h. t. (III. 3.) Nov. 22. c. 47. § 2. Ueber den Fall des fr. 2. § 18. D. h. t. (XXXVIII. 17.) vergl. Francke, Beiträge zur Erläuterung einz. Rechtsmaterien. Gött. 1828. S. 183 ff. Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien 2c. S. 625 folgg. Schirmer a. a. O. I. S. 157. 158.

**) Glück a. a. O. S. 255 ff. Heinecc. l. c. III. 4. v. Vangerow Bd. II. § 409. v. Tigerström S. 626. Schirmer a. a. O. I. S. 162 ff.

Unter der Regierung des Kaisers Marc. Aurel. Antoninus wurde im J. 178 p. Chr. unter den Consuln Gavius Orphitus (Orfitus) und Iulianus Rufus durch ein Senatusconsult, welches nach dem zuerstgenannten Consul SCum Orphitianum benannt wird, auch den Kindern gegen ihre Mutter ein Erbrecht gegeben. [Vorher hatten auch die Kinder nach Civilrecht ihrer Mutter nur dann als Intestaterben succediren können, wenn dieselben in einer Ehe erzeugt waren, durch welche die Mutter in die manus des Vaters ihrer Kinder gekommen und also rechtlich soror consanguinea derselben geworden war. Nach prätorischem Rechte konnten aber die Kinder erst in der Classe unde cognati als Intestaterben ihrer Mutter auftreten. — Ulp. XXVIII. 9. XXVI. 7. — pr. I. de SCo Orphitiano (III. 4.)] Natürlich war hierbei vorausgesetzt, daß die Mutter im Augenblicke ihres Todes sui iuris war. Besondere Beschränkungen waren aber, daß nur Kinder des ersten Grades, gleichviel ob eheliche oder uneheliche, dieses Erbrecht haben sollten. [§ 1. I. h. t. (III. 4.)] Eben so

positiv war die zweite Beschränkung, daß die Kinder, wenn sie aus diesem Senatusconsulte Ansprüche auf den Nachlaß ihrer Mutter machen wollten, ingenui und cives Romani sein müßten. **1461.** (Paull. IV. 10. § 2. 3. „Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives Romani, non etiam Latini, admittuntur; cives autem Romanos eo tempore esse oportet, quo ab iisdem legitima hereditas aditur.")

Sowohl bei dem SCum Tertullianum, als Orphitianum waren aber die beiden bei der legitima hereditas geltenden Grundsätze bei Seite gesetzt. Es ging nämlich das Erbrecht hier nicht durch capitis diminutio minima unter, und man sagte daher, daß das Erbrecht aus den leges novae (eben diesen beiden Senatsschlüssen) durch capitis diminutio minima nicht unterginge. [fr. 1. § 8. D. h. t. (XXXVIII. 17.)] Eben so wenig kam hier der sonst bei der legitima hereditas geltende Grundsatz: in legitimis hereditatibus successio non est, zur Anwendung [fr. 1. § 9. fr. 2. § 14. D. eod. (XXXVIII. 17.)], so daß, wenn alle Kinder die Erbschaft der Mutter ausschlugen, sie den schon nach älterem Civilrechte (ius antiquum) zum Nachlaß der Verstorbenen berufenen Personen deferirt wurde. — Hinsichtlich des hierdurch modificirten Erbrechts des parens manumissor vergl. Schmidt a. a. O. S. 157 ff.

## § 172.

### B) Spätere Veränderungen unter den Kaisern bis Justinian. *)

*) Glück a. a. O. § 78—85. v. Tigerström a. a. O. S. 626 ff. Hugo a. a. O. S. 1127. Walter a. a. O. S. 670 ff. v. Vangerow Bd. II. § 409.

Die ganze Richtung der bis auf Justinian vorgenommenen Veränderungen in dem civilrechtlichen Intestaterbrechte nähert sich sichtlich dem durch Justinian endlich durchgeführten Grundsatze, daß die Cognation eigentlich das Fundament alles Intestaterbrechts sei, so daß die Bestimmungen des prätorischen Rechts allmählich immer mehr in die des civilrechtlichen Erbrechts übergehen. Dabei ist aber der Grundsatz bis in späte Zeiten festgehalten worden, daß, wenn früher ausgeschlossene Cognaten schon früher civilrechtlich berufenen Personen gleichgesetzt wurden, sie doch rücksichtlich der Erbquoten diesen nachstehen sollten. Auf der andern Seite beginnen aber jetzt schon die in der Nov. 118 angenommenen drei Hauptclassen der erbberechtigten Personen, Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte, immer sichtbarer als Normen für die Intestaterbberechtigung hervorzutreten. Um nun gerade diese Richtung anschaulich zu machen, welche die einzig gemeinsame bei den sich vielfach durchkreuzenden Bestimmungen der Kaiserzeit zu sein scheint, sind die neuen Bestimmungen als innerhalb dieser — in Wahrheit freilich erst später entstandenen — Classen sich bewegend aufgeführt.

I) Intestaterbrecht wegen Verwandtschaft.

1) Descendenten. — a) Kinder. In älterer Zeit succedirte der Großvater, wenn er seine Tochter contracta fiducia emancipirt und diese das ius liberorum nicht hatte, zugleich mit deren Kindern ab intestato. Im J. 583 p. Chr. bestimmten aber die Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodosius in der c. 3. C. Th. de legit. hered. (V. 1.), daß, auch wenn die Mutter das ius liberorum nicht habe und ohne Rücksicht auf die contracta fiducia („seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur liberorum suffragia") die Kinder ohne Concurrenz des Großvaters ihre Mütter beerben sollten. Endlich bestimmt Anastasius im J. 502 p. Chr., daß bei der durch ihn eingeführten Emancipationsform (Bd. I. S. 185.) die Kinder geradezu ihre gesetzlichen Successionsrechte behalten sollten c. 11. C. Th. legit. hered. (VI. 58.) — b) Enkel. Während nach den Bestimmungen des SCum Orphitianum blos den Kindern ersten Grades ein Erbrecht gegen ihre Mutter gegeben war, wurde durch eine Constitution der Kaiser Valentinian II.,

Theodosius und Arcadius [c. 4. C. Th. legit. heredit. (V. 1.) v. J. 389 p. Chr.] auch den Enkeln ein Intestaterbrecht gewährt und zwar so, daß sie nicht allein ihre Großeltern mütterlicher Seits, sondern auch die Mutter ihres Vaters beerben sollten. Dabei war aber die Beschränkung gemacht, daß, wenn sie in Folge dieser neuen Verordnung mit solchen concurrirten, welche schon nach älterem Civil- oder prätorischem Rechte gerufen wären, sie den Erbtheil ihrer mater praedefuncta oder ihres pater praedefunctus nicht ganz erhalten sollten. Succedirten sie nämlich beim Nachlasse der mütterlichen Großeltern oder der Mutter ihres Vaters mit Geschwistern ihrer Mutter oder der Mutter ihres Vaters, so sollten sie nur $^2/_3$ des Theiles erhalten, welchen ihre Mutter oder ihr Vater erhalten haben würde; waren dagegen keine Geschwister ihrer Mutter oder ihres Vaters in diesem Falle vorhanden, sondern nur Agnaten der von ihnen zu beerbenden Großeltern z. B. agnatische Geschwister der Großeltern, so sollten die erbenden Enkel $^3/_4$ der Erbportion erhalten, welche ihr parens praedefunctus oder ihre mater praedefuncta erhalten haben würde. Das übrigbleibende Drittel oder resp. Viertel sollte aber den Geschwistern oder großelterlichen Agnaten noch außerdem zufallen. [§ 15. I. de hered., quae ab int. (III. 1) § 1. I. de SCo Orphit. (III. 4.)] Glück a. a. O. § 78. Schirmer a. a. O. I. S. 165. 166. Hatte aber die Mutter der Enkel eine dos oder sonst eine Beihülfe bei Eingehung der Ehe von ihren Eltern erhalten, so sollen die Enkel, wenn sie die angeführte Portion erben wollen, diese dos oder Beihülfe nach einer Verordnung von Arcadius und Honorius aus dem J. 396 p. Chr. conferiren. c. 5. C. Th. eod. (V. 1.)

2) Ascendenten. — Im J. 321 p. Chr. wurde durch Constantin den Großen, in der c. 1. C. Th. legit. hered. (V. 1.), das bisherige Erbrecht der Mutter in das Vermögen ihrer Kinder wesentlich verändert. Die Mutter, welche das ius liberorum nicht hatte, ward durch diese neue Verordnung wesentlich besser gestellt, als sie es früher war, indem sie jetzt auch wenn ein patruus ihres verstorbenen Kindes und andere Agnaten desselben, welche sie sonst ausschlossen, vorhanden wären, doch immer $^1/_3$ des Nachlasses ihres Kindes bekommen solle. Umgekehrt aber sollte jetzt die Mutter, welche das ius liberorum hatte, mit dem Vatersbruder (patruus) ihres Kindes bis herab auf die Enkel des patruus concurriren, ja selbst dann concurriren, wenn diese durch Emancipation aufgehört hätten agnatische Verwandte des Verstorbenen zu sein, und immer sollte hier die Mutter $^2/_3$, die eben genannten Verwandten $^1/_3$ des Nachlasses erhalten. (Ueber die Ausdehnung des Rechts des patruus emancipatus auf den frater emancipatus vergl. Schirmer a. a. O. I. S. 160.) Rücksichtlich der fratres consanguinei des Verstorbenen galt noch die alte Bestimmung (§ 171. Not. *. sub c.), daß diese die Mutter ausschlössen, ein Satz, welchen noch im J. 369 p. Chr. Valentinian I. und Valens bestätigten. [c. 2. C. Th. de legit. hered. (V. 1.)] Im J. 426 p. Chr. erhielt diese Bestimmung von den Kaisern Theodosius II. und Valentinian III. eine neue Ausdehnung dadurch, daß, ohne Rücksicht auf das ius liberorum, der Mutter in Concurrenz mit den oben angeführten Seiten-Verwandten ihres Kindes immer $^2/_3$ des Nachlasses und diesen nur $^1/_3$ zufallen sollten; aber auch der emancipirte Bruder des verstorbenen Kindes sollte jetzt eben so wie die patrui etc. gestellt sein d. h. $^1/_3$ erhalten, wo die Mutter $^2/_3$ erhielt. [c. 7. C. Th. eod. (V. 1.)] — Glück a. a. O. § 79. v. Löhr, im Magaz. Bd. IV. S. 120 ff.

3) Seitenverwandte. — Abgesehen von dem eben erwähnten beschränkten Erbrechte der Seitenverwandten eines verstorbenen Kindes in Concurrenz mit der Mutter derselben, wurde deren Erbrecht durch die Verordnungen des Kaisers Anastasius am wesentlichsten und durchgreifendsten verändert. Nach der Relation des Theophilus zu § 1. I. de succ. cognator. (III. 5.) hatte nämlich Anastasius die Bestimmung getroffen, daß, wenn Jemand stürbe und Geschwister hinterließe, von denen einige noch mit dem Verstorbenen im Agnationsnexus gestanden hätten, andere aber durch capitis diminutio aus demselben herausge-

treten wären, dennoch beide zur Succession gerufen sein sollten, jedoch die erstern doppelt soviel erhalten, als die letzteren. c. 4. C. de legit. tut. (V. 30.) c. 15. § 1. C. de legit. heredit. (VI. 58.) — v. Löhr a. a. O. Bd. IV. S. 129. 130. Glück a. a. O. S. 287 ff. War aber bei der emancipatio Anastasiana die Erhaltung der legitima iura ausdrücklich ausbedungen [c. 11. C. de legit. hered. (VI. 58.)], so blieb ihnen natürlich ihr altes agnatisches Intestaterbrecht vollkommen ungeschmälert. v. Löhr a. a. O. Bd. IV. S. 130. Not. 1.

II) Wegen Entlassung aus einem Gewaltverhältnisse.

1) Aus der patria potestas. — Guil. Francke, De manumissorum successione Spec. I. p. 8 ss. v. Vangerow a. a. O. Bd. II. S. 37. Nach ältestem Rechte galt hier ganz derselbe Grundsatz, wie bei jeder Freilassung aus Sclaverei, daß der Freilasser an die Stelle der Agnaten trat. Dabei war es nach ältestem Civilrechte ganz gleichgültig, ob der leibliche Vater das ihm in Folge eines pactum fiduciae remancipirte Kind emancipirte oder ein extraneus manumissor oder endlich der Adoptivvater das Adoptivkind contracta fiducia sich hatte remancipiren lassen.

**1462.** Coll. legg. Mos. XVI. c. 9. § 2. „Quodsi is, qui decessit, liber fuit absque remancipatione manumissus, lex quidem duodecim tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit: sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei praetulit has: patrem, matrem, filium, filiam, avum, aviam, nepotem, neptem, fratrem, sororem: ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret."

Erst im J. 383 p. Chr. wurde durch ein Rescript der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodosius I. hierin nur das geändert, daß die Kinder der emancipirten Tochter dem emancipirenden Vater vorgehen sollten. c. 3. C. Th. de legit. heredit. (V. 1.) c. 4. C. ad SCum Orphit. (VI. 57.)

2) Aus dem mancipium. — Der manumissor trat auch noch während der Kaiserzeit ganz an die Stelle der Agnaten, wie der Patron bei den aus eigentlicher Sclaverei manumittirten Personen. arg. Gai. I. 121. 162. Coll. XVI. 9. § 2. Daß hierbei auch dann in diesem Grundsatze keine Veränderung eintrat, wenn das mancipium durch noxae deditio eines Haussohnes entstanden war und dieser dann von dem manumittirt wurde, der ihn noxae empfangen hatte, unterliegt keinem Zweifel. Gai. I. 141. Francke l. c. p. 9. — Nach einer Bestimmung der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodosius I. v. J. 383 p. Chr. sollten aber die Kinder auch der sub pacto fiduciae emancipata den Eltern vorgehen. c. 3. C. Th. de legit. hered. (V, 1.)

3) Aus der dominica potestas.

a) Beim civis libertus. — Schweppe § 487. Heinecc. l. c. III. 8. (7.) § 6—9. Glück a. a. O. § 194—200. Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus. S. 24 ff. Im Allgemeinen war bis gegen Ende der Republik am Civilintestaterbrechte bei Freigelassenen, welche durch die manumissio auch zugleich cives geworden waren, keine Veränderung vor sich gegangen. Die erste Modification der früher geltenden Sätze wurde durch die lex Iulia et Papia Poppaea eingeführt. Hatte der libertus ein Vermögen von 100,000 Sestertien hinterlassen und weniger als drei Kinder, so sollte der Patron, selbst wenn dieses leibliche Kinder wären, eine portio virilis erhalten. [Gai. III. 42. § 2. I. de succ. libert. (III. 7.) Huschke, Studien. S. 25—58.] Hatte dagegen eine liberta, bei welcher ohnehin der Patron schon nächster Intestaterbe war, das ius liberorum, so erhielt der Patron in jedem Falle, die liberta mochte testirt haben oder nicht, mit den noch lebenden Kindern der liberta ein Kindestheil. (Ulp. XXIX. 3. Ueber den Grund dieser Bestimmung vergl. die lückenhafte Stelle bei Gai. III. 43. 44.) Ganz dieselben Rechte sollte aber auch die patrona haben, sobald ihr aus irgend einem Grunde das ius liberorum zustand. (Ulp. XXIX. 7.) — Durch eine Verordnung der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. v. J. 447 p. Chr. wurde das Intestaterbrecht in das Vermögen eines civis libertus wesentlich verändert.

Hinterläßt nämlich der Freigelassene Kinder oder Enkel, welche selbst cives Romani sind, so sollen diese mit Ausschluß aller andern Personen das ganze Vermögen erhalten; hinterläßt er dagegen nur Ascendenten oder Geschwister, und diese sind cives, so sollen sie mit den Erben des Patrons den Nachlaß theilen, so daß sie die eine Hälfte und die Letzteren die andere erhalten. Sind auch solche Verwandte nicht vorhanden, dann soll das gewöhnliche patronatische Erbrecht eintreten d. h. dann sollen die Erben des Patrons das Ganze haben. (Nov. Valentin. III. im Cod. Theod. ed. Ritter. Tom. VI. P. II. p. 113.) Schmidt a. a. O. S. 26 ff.

b) Beim Latinus Iunianus. — (Bd. I. § 52. S. 90 ff.) Der vor der lex Iunia Norbana blos thatsächlich Freigelassene blieb de iure Sclave (moratur in libertate) und nach seinem Tode fiel seine Hinterlassenschaft iure peculii an seinen Herrn. **1463.** Gai. III. 56. „unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est." Fragm. Dosith. § 6. 7. (§ 52. N. 477.). Nach der lex Iunia Norbana waren diese Latini Iuniani nun wirklich frei und weder iure peculii, noch aus Patronatsrecht wäre der Nachlaß des Latinus an den Freilasser gekommen. (Gai. III. 56.) Es sollte nun aber nach dieser lex der Nachlaß des Latinus ganz so an seinen Freilasser fallen, als ob die lex nicht gegeben wäre d. h. iure peculii. **1464.** Gai. III. 56. „..legis Iuniae lator.. existimavit.. cavere, ut bona horum libertorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset: itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ex iure Quiritium pertinent.") Nach dem SCum Largianum (42 p. Chr.) sollte der Nachlaß des Latinus zunächst an den Freilasser kommen, dann an die nicht enterbten Kinder desselben, und endlich an die Erben des Freilassers antiquo iure d. h. auch an die extranei heredes des Freilassers. (Gai. III. 63—65.) Seit einem Edicte Hadrian's sollte endlich der Nachlaß eines Latinus, der beneficio principis ohne Wissen oder wider Willen seines Freilassers die Civität erhalten hatte, nach denselben Regeln vererbt werden, die gegolten hätten, wenn der neue civis als Latinus gestorben wäre. [§ 4. I. de succ. libertor. (3, 7.) Gai. III. 72. 73.]

c) Beim libertus dediticius. — War ein manumissus in Folge der Vorschriften der lex Aelia Sentia nur dediticius geworden, so war nach Gai. III. 75. 76. folgende Unterscheidung zu machen: Wäre der Freigelassene civis Romanus geworden, wenn nicht ein Makel an ihm gehaftet hätte, der dieses verhinderte (si in aliquo vitio non esset), so beerbte ihn der Freilasser, wie er einen civis libertus beerbt haben würde. Im Falle aber unter denselben Verhältnissen der Freigelassene nur Latinus Iunianus geworden wäre, sollten bei seinem Tode die Regeln zur Anwendung kommen, welche bei solchen Latinis galten.

III) Succession in die Peculien der Hauskinder.

1) In das peculium castrense. — Das peculium castrense fiel, wenn der Sohn nicht testirt hatte, iure peculii an den Vater. (v. Vangerow Bd. II. § 409. N. IV. 2. Schirmer a. a. O. I. S. 172.) fr. 2. D. de cast. pecul. (XLIX. 17.) Später kam der Satz auf: [pr. I. quib. non est permissum (2, 12.)] „Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi (sc. peculium castrense) pertinebit." v. Vangerow, Bd. II. § 409. S. 36. Vering a. a. O. S. 640. Ganz dasselbe galt vom peculium quasi castrense. Schirmer a. a. O. S. 172. Durch eine Verordnung von Leo und Anthemius aus dem J. 469 p. Chr. sollten aber die Kinder der Bischöfe, Presbyter und Diaconen in den Erwerb, den ihre Väter in ihrer geistlichen Stellung gemacht hatten, als Intestaterben succediren. c. 34. C. de episc. (1, 3.) Dazu Schirmer a. a. O. I. S. 180. Not. 143.

2) In das s. g. peculium adventitium. — v. Vangerow a. a. O. Bd. II. S. 35. Schirmer a. a. O. I. S. 173 ff. — Die einzige Bestimmung, die sich in dieser Zeit vor Justinian über das Erbrecht an den bonis maternis findet, ist die in c. 4. C. Th. de matern. bonis (VIII. 18.) zuerst von Constantius im J. 339 p. Chr. getroffene und in c. 1. C. Th. de cretione (IV. 1.) von Theodosius im J. 426 p. Chr. wohl nur wiederholte, daß,

wenn ein Kind intra sextum annum sterbe, die bona materna nicht an den Vater, sondern an die mütterlichen Verwandten fallen sollten. — Schreitet dagegen der Vater zur zweiten Ehe, so sollen die bona materna seines Kindes, im Falle dieses selbst Kinder hat, welche zur Zeit des Todes ihrer Großmutter nicht in der väterlichen Gewalt ihres Großvaters stehen, nach einer Verordnung von Theodosius (426 p. Chr.) an diese letzteren vererbt werden und der Vater nur den Nießbrauch daran behalten. c. 10. C. Th. de matern. bon. (VIII. 18.) Im J. 469 p. Chr. beschränkten Leo und Anthemius das Recht des zur zweiten Ehe schreitenden Vaters von neuem, indem sie festsetzten, daß die bona materna und lucra nuptialia zuvörderst an die Kinder der Kinder erster Ehe fallen sollten, im Falle solche nicht vorhanden wären an die vollbürtigen Geschwister des Kindes erster Ehe und wenn auch diese fehlten, an deren halbbürtige Geschwister vererbt werden sollten. Erst nach allen diesen solle der Vater als Erbe eintreten. c. 4. C. de bonis, quae liber. (VI. 61.)

## § 173.

### C) Veränderungen Justinians. *)

*) I) Veränderungen vor der Novelle 118.

A) Erbfolge in den Nachlaß Freigeborener.

1) Succession der Descendenten.

a) Der in einer Ehe erzeugten. — In der c. 12. C. de suis et legit. (VI. 55.) verordnete Justinian im J. 528 p. Chr., daß alle Descendenten vor den Agnaten zur Succession kommen sollten und verfügte in diesem Falle die Theilung des Nachlasses in stirpes. Nur rücksichtlich der Tochterkinder ließ Justinian, wie sich aus der Aufnahme der c. 9. C. eod. (VI. 55.) ergibt, das alte Recht unverändert, daß, wenn diese bei der Succession in das Vermögen der Großeltern mit Brüdern oder Schwestern ihrer verstorbenen Mutter concurrirten, der dritte Theil ihrer Erbportion abgezogen würde. Erst im J. 536 p. Chr. hob Justinian in der Nov. 18. c. 4. diese Beschränkung hinsichtlich der Tochterkinder auf.

b) Der Adoptirten. Schirmer a. a. O. I. S. 192 ff. Vering a. a. O. S. 648 ff. — α) Durch die Einführung der s. g. adoptio minus plena in Folge der c. 10. C. de adoptt. (VIII. 48.) im J. 530 p. Chr. wurde ein besonderes Intestaterbrecht des minus plene adoptatus eingeführt, zu Folge dessen der Adoptirte, ohne seine bisherigen Rechte in der leiblichen Familie zu verlieren, den adoptans wie ein suus heres beerben soll, wenn ersterer durante adoptione ohne Testament sterben sollte. — β) Bei der s. g. adoptio plena galten auch noch nach der c. 10. C. cit. die früheren Rechtssätze, daß die Adoption rücksichtlich des Erbrechts der leiblichen Mutter und des Adoptirten gar keine Veränderung hervorbrachte; rücksichtlich des Erbrechts zwischen dem leiblichen Vater und dem Adoptirten gestalteten sich aber die Verhältnisse verschieden, wenn nämlich — aa) von einem väterlichen Ascendenten das Kind adoptirt wurde, so wurde dem Adoptirten auch in den Nachlaß seines leiblichen Vaters oder Großvaters die Succession in der Klasse unde liberi, gerade als ob er noch in derselben Familie wäre, nicht entzogen. arg. fr. 3. § 8. fr. 21. § 1. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.). War aber — bb) die Adoption nicht an einen väterlichen Ascendenten geschehen, so erbt der adoptatus in seiner leiblichen Familie nur noch in der Classe unde cognati. — v. Vangerow Bd. II. § 412.

c) Der liberi naturales. — Im J. 536 p. Chr. gab Justinian in seiner Nov. 18. c. 5. auch den Concubinenkindern dann ein Intestaterbrecht gegen ihren pater naturalis, wenn dieser weder legitime Descendenten noch eine legitima coniux hinterließe. Die liberi naturales sollten dann, wenn ihre Mutter mit dem Erzeuger ihrer Kinder in demselben Hause

gelebt habe, mit dieser zusammen 1/6 des väterlichen Nachlasses erhalten. Im J. 539 p. Chr. hat dann Justinian in der Nov. 89. c. 22. § 4 diese Bestimmung wiederholt.

2) Succession der Ascendenten. — Rücksichtlich der Ascendenten von Seiten der Mutter und der Großmutter väterlicher Seits wurde von Justinian bis zur Nov. 118 nichts geändert. Das Erbrecht der Mutter dagegen wurde durch eine Reihe von Verordnungen Justinians sehr wesentlich erweitert. Die erste Veränderung Justinians aus dem J. 528 p. Chr. ist die in c. 2. C. de iure liber. (VIII. 59.) und in c. 7. pr. C. ad SCum Tertull. (VI. 56.) enthaltene, daß nach der ersten Stelle die Mutter auch ohne das ius liberorum zu haben, dennoch ex SCo Tertulliano erbberechtigt sein solle, und nach der zweiten in Concurrenz mit Brüdern oder Brüdern und Schwestern des Verstorbenen Kopftheil, mit Schwestern allein dagegen die Hälfte des Nachlasses erhalten soll. Hinterläßt der Verstorbene aber außerdem auch einen Vater, so soll unterschieden werden, ob der Verstorbene sui iuris oder in patria potestate war. Im erstern Falle soll die Proprietät des ganzen Nachlasses und 1/3 des Nießbrauchs pro virili portione an die Geschwister des Verstorbenen fallen, Vater und Mutter aber 1/3 des Nießbrauchs (aequa lance inter patrem et matrem dividendum) erhalten. Im zweiten Falle soll dagegen der Vater den Nießbrauch am ganzen Nachlasse während seines Lebens behalten, die Mutter mit den Geschwistern aber die Proprietät erben, in Concurrenz mit Brüdern oder Brüdern und Schwestern an einer Virilportion, mit Schwestern allein an der Hälfte des Nachlasses. Im J. 536 p. Chr. wurde aber für diesen letzten Fall durch Nov. 22. c. 47. § 2. dieses dahin abgeändert, daß sie auch mit Schwestern allein concurrirend nur einen Kopftheil erhalten solle.

3) Succession der Seitenverwandten.

a) Der Agnaten. — Hierbei waren es vorzüglich zwei Sätze, welche Justinian abänderte, nämlich in einer verlorenen Constitution, deren Inhalt in § 7. I. de legit. agnat. succ. (III. 2.) referirt wird, hob er den bis dahin geltenden Satz „in legitimis hereditatibus successio non est“ auf, so wie in c. 14. pr. C. de legit. heredib. (VI. 58) aus dem J. 531 p. Chr. den ganzen Unterschied im Successionsrechte männlicher und weiblicher Agnaten. — Glück a. a. O. § 111.

b) Der Cognaten. — Im J. 532 p. Chr. in der c. 14. § 1. C. de legit. hered. (VI. 58.) verordnete Justinian, daß alle Schwesterkinder ohne Rücksicht darauf, ob die Schwester soror germana, consanguinea oder uterina gewesen war, ihrem Oheim succediren sollten, wenn dieser keine Geschwister hinterlassen. Alle zusammen sollten aber in capita, nicht in stirpes theilen. Zwei Jahre später (im J. 534 p. Chr.) stellte er die Halbgeschwister von der Mutter her in c. 15. § 2. C. eod. (VI. 58.) den consanguineis gleich und in derselben Constitution gab er den emancipirten Geschwistern und deren Kindern ersten Grades mit den nicht emancipirten gleiche Rechte, so daß sie mit diesen ohne irgend einen Abzug gleichmäßig erben sollten. c. 15. § 1. C. eod. (VI. 58.) Endlich im J. 539 p. Chr. führte er in der Nov. 84. c. 1. § 1. den Vorzug der vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen ein, so daß die ersteren nun in jedem Falle sowohl uterini als consanguinei ausschlossen. — Glück a. a. O. § 114—116.

4) Succession der Ehegatten. — In der Nov. 53. c. 6. aus dem J. 537 p. Chr. bestimmte Justinian, daß, wenn der verstorbene Ehegatte reich, der überlebende arm und dem letztern kein ausreichendes Legat hinterlassen sei, er den vierten Theil des Nachlasses seines verstorbenen Ehegatten erhalten solle, jedoch nie mehr als 100 Pfund Goldes (ohngefähr 7200 solidi), aber ohne Rücksicht auf die Zahl der vorhandenen Kinder. — Glück a. a. O. § 117. — Durch die Nov. 117. c. 5. vom J. 542 p. Chr. wurde dem Mann dieses Erbrecht wieder entzogen und der Frau der Anspruch auf den vierten Theil nur dann gewährt, wenn sie mit höchstens drei Kindern concurrirte, bei vier oder mehreren Kindern aber auf einen Kopftheil beschränkt.

B) Erbfolge in den Nachlaß Freigelassener. — Siehe unten § 179.

II) Die Veränderungen der Nov. 118 (aus dem J. 543 p. Chr.) und der Nov. 127 (aus dem J. 547 p. Chr.). — So weit sich das Intestaterbrecht auf Emancipation gründet, ist es durch die Nov. 118 gänzlich beseitigt. Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus. S. 163 ff.

Eine sehr anschauliche Uebersicht des Intestaterbfolgesystems, soweit es auf Verwandtschaft beruht, unmittelbar vor der Nov. 118 findet sich bei Vangerow Bd. II. § 410.

## Capitel V.

# Von der Acquisition.

## § 174.

### A) Arten*) und Wirkung derselben.**)

*) Schweppe § 453—457. Walter § 662—671. 691. v. Tigerström § 185—188. Kuntze I. § 856. 857. Rein S. 827 ff. Vering a. a. O. S. 467 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 64 ff.

I) Necessarii heredes.

1) Servus cum libertate heres institutus. Gai. II. 153—155. **1465.** Ulp. XXII. 24. „Inter necessarios heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, id est liberos, qui in potestate sunt, iure civili nihil interest: nam utrique etiam inviti heredes sunt. Sed iure praetorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur; necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur.“ Gai. II. 161.

2) Mancipia. — **1466.** Gai. II. 160. „Quin similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam mancipato, id est ei, qui in caussa mancipii est, quum liber et heres institutus sit; quum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus.“

3) Sui et necessarii heredes. Gai. II. 155—158. **1467.** Id. II. 159. „Idem iuris est et (in) uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est; et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est.“

II) Extranei heredes.

Gai. II. 162. „Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur.“ Rein S. 828 ff. Vering a. a. O. S. 489 ff. Leist, Bon. poss. I. S. 17 ff. II. 2. S. 120 ff.

Das, was wir mit Sicherheit über den Erwerb einer Erbschaft durch extranei s. voluntarii heredes und über den geschichtlichen Gang dieser Lehre wissen, ist nach den Aeußerungen unserer Quellen folgendes:

1) Alle extranei heredes werden nur durch ihren Willen wirklich Erben, und dieser Wille kann entweder unter einer bestimmten Form (cernendo fit heres) oder ohne eine solche sichtbar werden. (Gai. II. 167.) Wem vom Erblasser nicht ausdrücklich aufgegeben war, durch eine solenne Erklärung und in bestimmter Zeit (cum cretione) sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären, dem steht es frei, solenn oder nicht solenn und zu welcher Zeit er immer will, die Erbschaft zu erwerben (sine cretione).

**1468.** Gai. II. 167. „At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem; solet (tamen) praetor postulantibus heredi-

tariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem: si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere." **1469.** Gai. II. 164. „Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine sumoveantur: ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere."

Die cretio ist auf eine bestimmte Zeit beschränkt, gewöhnlich auf 100 Tage. Sie kann aber auf eine längere Zeit ausgedehnt und auf eine kürzere beschränkt werden. Die über 100 Tage ausgedehnte kann der Prätor beschränken. (Gai. II. 170.) **1470.** Varro de L. L. VII. 98. „.. crevi valet constitui; itaque heres, quom constituit se heredem esse, dicitur cernere, et quom id fecit crevisse." — Ulp. XXII. 28—30. **1471.** Cic. ad Att. XIII. 46. „Tum ex eo cognovi cretionem Cluvii (o Vestorium negligentem!) liberam cretionem, testibus praesentibus, sexaginta diebus. Metuebam ne ille arcendus esset. Nunc mittendum est, ut meo iussu cernat." **1472.** Varro de L. L. VI. 81. „Dictum cerno a cereo, id est a creando; dictum ab eo quod, quom quid creatum est, tunc denique videtur. — — Et, quod in testamento, *cernito*, id est facito videant te esse heredem: itaque in cretione adhibere iubent testes."

2) Von dieser Freiheit, unter diesen verschiedenen Arten der Annahme einer Erbschaft zu wählen, wenn man „sine cretione" eingesetzt war, findet sich eine Ausnahme. War nämlich ein fremder Sclave zum Erben eingesetzt und vor der Antretung an einen andern Herrn gekommen, so mußte der Sclave, wenn die Erbschaft erworben werden sollte, auf Befehl seines neuen Herrn cernere; während im entgegengesetzten Falle, wenn er den Herrn nicht gewechselt hatte (si in eadem caussa duraverit), schon das bloße adire genügte, also die obige Regel rücksichtlich der freien Wahl der Erwerbsart galt. (Gai. II. 189.)

3) War die solenne Form der Annahme, das „cernere", ausdrücklich vorgeschrieben, so war die Wirkung der Unterlassung dieses cernere eine verschiedene, je nachdem die Vorschrift des Erblassers (cretio) eine perfecta oder imperfecta cretio war. War nämlich die cretio perfecta d. h. lautete die Bestimmung im Testamente dahin, daß, wenn der Erbe nicht cernire (quodni ita creverit), er exheres sein solle (Titius heres esto cernitoque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque; quodni ita creveris, exheres esto), so konnte er auch nur durch cernere die Erbschaft erwerben. Er konnte die Erbschaft dann durch einen nicht unter der Form des cernere ausgedrückten Willen, etwa durch bloßes pro herede gerere, nicht erwerben; verlor aber auch innerhalb der Cretionszeit durch blos formloses Ausschlagen keineswegs die Befugniß, in Folge einer Willensänderung noch zu cerniren. (Gai. II. 168 vergl. mit 166.) Die Formel der Antretung durch cernere war aber nach Gaius (Id. II. 166. (**1473.**) Ulp. XXII. 28.) folgende: Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque. War bei dieser perfecta cretio für den Fall des Nichtcernirens des primus heres ein Substitut ernannt, so trat nach Ablauf der Cretionszeit, wenn ersterer nicht cernirt oder nur sich pro herede gerirt hatte, der Substitut an dessen Stelle. War dagegen die cretio eine imperfecta, d. h. war der eingesetzte Erbe zur cretio angewiesen, aber für den entgegengesetzten Fall, daß er nicht cernirte, nicht exheredirt, so wurde, wenn der Erbe die Erbschaft nur formlos antrat, der Substitut nicht ausgeschlossen, sondern Miterbe. (Gai. II. 177.) In ältester Zeit galt hierbei der Grundsatz, daß, wenn der Erbe selbst noch innerhalb der ihm zum cernere gestatteten Frist blos pro herede gerirte, dennoch sogleich der Substitut Miterbe werden sollte, ohne daß der Erbe im Stande wäre, durch ein späteres, wenn gleich noch innerhalb der bestimmten Zeit vorgenommenes cernere, den Substituten auszuschließen. (Gai. II. 178.) Dieser Satz wurde aber allmählich dahin gemildert, daß der Substitut nur dann Miterbe werden solle, wenn der Erbe die Cretionszeit verstreichen ließ ohne zu cerniren und sich nur pro herede gerirt hatte. (Gai. II. 178.) Durch eine noch spätere Vorschrift Marc Aurel's aber sollte in diesem Falle der imperfecta

cretio sogar das bloße pro herede gerere genügen, um den Substituten auszuschließen. (Ulp. XXII. 34.) — In Beziehung auf die Berechnung der Cretionsfrist unterschied man aber cretio vulgaris und cretio continua. Vulgaris war sie, wenn dabei die Tage nicht mitgerechnet wurden, an denen der Erbe verhindert war, zu cerniren, wo bei der Bestimmung der Zeit die Worte hinzugefügt waren: quibus (sc. diebus) sciet poteritque. Wurden dagegen alle Tage, ohne irgend eine Rücksicht auf eine Verhinderung des Erben gezählt, war also die cretio ohne jene Worte vorgeschrieben, so war sie continua. (Gai. II. 172. 173. Ulp. XXII. 31. 32.)

4) Die erste Spur einer Veränderung der bisherigen Bestimmungen über die cretio findet sich in c. 1 §. 1. C. Th. de matern. bonis et materni generis et cretione sublata (VIII. 18.) und c. 2. C. Th. eod. (Beide Stellen sind abgedruckt Bd. I. S. 179. N. 816 und S. 180. N. 817.) Constantin schreibt nämlich vor, daß die Väter an den bonis maternis und materni generis ihrer Hauskinder nur den Nießbrauch, nicht auch Eigenthum haben sollten, und sagt dabei c. 1. § 1. cit.: „Cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis." Zwanzig Jahre später (im J. 339 p. Chr.) bestimmt aber schon Constantius, in einer freilich uns nur sehr lückenhaft überkommenen Constitution, daß auch bei andern Erbschaften, welche Hauskindern angefallen sind, die cretio von deren Seite nicht mehr nöthig sein solle. (c. 4. 5. C. Th. eod.) Unter Arcadius, Honorius und Theodosius wird diese Vorschrift rücksichtlich der cretionis scrupulosa solennitas wiederholt. **1474.** c. 8. § 1. C. Th. eod. (VIII. 18.) (v. J. 407.)

„Cretionum autem scrupulosam solennitatem, sive materna filiofamilias sive alia quae-
„dam deferatur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus."

Im J. 426 p. Chr. wurde durch Theodosius und Valentinian von neuem das Recht der Väter mit besonderer Berücksichtigung der cretio durch c. 1. C. Th. de cretione vel bon. poss. (IV. 1.) erweitert; freilich auch hier nur für bona materna und materni generis, indem nur negativ bestimmt wird, daß der Vater auch seinen infans geradezu beerben solle, nicht blos in den Fällen, in denen er sonst vermöge seiner väterlichen Gewalt durch den iussus cernendi ererbtes Vermögen seines Kindes acquirirt habe. (Godofr. comment. ad h. l.) Zuletzt endlich hob Justinian dadurch, daß er den oben abgedruckten § 1 der c. 8. C. Th. de mat. bon. (VIII. 18.) ganz generell in seinen Codex repetitae praelectionis aufnahm [c. 17. C. de iure delib. (VI. 30.)], der sich in seiner ursprünglichen Fassung entschieden nur auf bona materna und materni generis bezog, die cretio gänzlich auf.

5) Seitdem die cretio als nothwendige Antretungsform in den eben angeführten Fällen verschwunden war, hatte sie nur noch Bedeutung in den Fällen, in denen sie ausdrücklich im Testamente dem Erben vorgeschrieben worden. Allein auch hier hatte sich die Bedeutung derselben geändert. War nämlich der Erbe sub cretione instituirt, so wurde, seit Marc Aurel's Verordnung (Ulp. XXII. 34.) jede Art der Antretung bei vorgeschriebener cretio für genügend erklärt hatte, in ihr nur noch ein spatium deliberandi gesehen, welches die Zeit der Antretung beschränken sollte. Es ist daher auch ganz im Geiste der damaligen Zeit die Sache von Gaius und Ulpian aufgefaßt, wenn sie sagen: Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem nec ne. (Ulp. XXII. 27. Gai. II. 165.) Hierzu kam als ergänzendes Mittel für die Fälle, in denen ein solches spatium deliberandi vom Erblasser nicht angeordnet war, die prätorische Verfügung eines spatium deliberandi [fr. 1. § 1. D. de iure delib. (XXVIII. 8.)] und zuletzt Justinian's Verordnungen aus den Jahren 529 und 531 in c. 19. 22. C. de iure delib. (VI. 30.) Mühlenbruch, Comment. Bd. XLI. S. 281 ff. und S. 595 ff. Dedekind, Das Deliberationsrecht des Erben und die interrogationes in iure faciendae. 1870. — Nach dessen Untersuchungen hängt das neue Deliberationsrecht so mit den interrogationes in iure zusammen: die Interessirten hatten das Recht, im Wege der interrogatio in iure von dem

Erben eine bestimmte Erklärung über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft zu verlangen. Dem Erben stand es dann frei, seine Pflicht, sich auf die interrogatio zu erklären, dadurch hinauszuschieben, daß er sich ein tempus deliberandi erbat.

**) 1) Wirkungen im Allgemeinen. — fr. 24. D. de V. S. (L. 16.) **1475**. fr. 50. D. de R. I. (L. 17.) „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat.“ fr. 62. D. eod. Hugo S. 252. 253. und S. 565 ff. Walter § 667. Schirmer a. a. O. I. § 2.

2) Wirkung rücksichtlich der sacra. Heimbach, de sacror. privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate. Walter § 671. Leist in Glück's Comm. Serie der Bücher 37. 38. S. 167 ff. **1476**. Cic. de legg. II. 19. „De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hoc uno posito, haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. — — Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. Heredem caussa iustissima est. — — Deinde, qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes. — — Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, quum moritur, usu ceperit plurimum. Quarto, qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet. Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.“ — Cic. pro Mur. c. 12. Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. II. S. 387 ff.

## § 175.

### B) Rechtsmittel der Erben*) und Veräußerung der Erbschaft.**)

*) 1) Hereditatis petitio. — Walter § 668. Kuntze I. § 862. Vering a. a. O. S. 536 ff. Arndts, im Rechtslex. V. S. 207 ff. Leist, Bon. poss. I. S. 295 ff. II. 2. S. 16 ff. Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de her. petitione. 1864. Brinz, Pand. § 159. S. 681 ff. Arndts, Beiträge N. 1. — a) **1477**. Gai. IV. 17. „Si qua res talis erat, ut (non) sine incommodo posset in ius adferri vel adduci, velut si columna . . . . esset, pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem, quasi in totam rem praesentem, flebat vindicatio . . . similiter si . . . de hereditate controversia erat pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem flebat vindicatio. . .“ — b) fr. 20. § 6. D. de hered. pet. (V. 3.) c. 12. C. eod. (III. 31.) v. J. 530 p. Chr. — c) **1478**. c. 12. § 3. C. eod. „Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur.“ § 28. I. de actt. (IV. 6.) —

2) Missio in possessionem ex edicto D. Hadriani. — Puchta, Curs. III. § 314. S. 231. Kuntze I. § 872. Roßhirt, Testam. Erbrecht. II. § 134. Leist, Bon. poss. II. 2. 290 ff. 465 ff. Vering a. a. O. S. 830 ff. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 390. 391. Heimbach, im Rechtslex. II. S. 295.

a) Das edictum divi Hadriani. — Um die Entrichtung der vicesima hereditatum zu beschleunigen, war durch ein Edict Hadrian's bestimmt, daß der in einem schriftlichen Testamente eingesetzte Erbe in den Besitz derjenigen körperlichen Erbschaftssachen (res hereditariae. Paull. III. 5. § 15.) gesetzt werden solle, in deren Besitz der Erblasser im Augenblicke seines Todes gewesen sei. (Paull. III. § 18.) Er mußte aber 1) binnen Jahresfrist um die Einweisung in den Besitz nachgesucht haben (Paull. III. 5. § 16.). 2) Das

Testament mußte dem Magistrat vorgelegt (oblatum) und vor ihm eröffnet (recitatum) sein. 3) Das Testament durfte keinen äußerlich sichtbaren Mangel haben (in prima figura sine omni vituperatione appareat. c. 3. C. de ed. D. Hadr. (6, 33), während innere Mängel, wie Inofficiosität u. dergl. nicht beachtet wurden (Paull. III. 5. § 14.). 4) Appellation dagegen war verboten. (c. 26. C. Th. quor. appellatt. non recip. 11, 36.) — Gotf. Mascovii opusc. iurid. et philol. Lips. 1776. p. 147—149. 155—157. — b) Justinian's Bestimmungen. — c. 3. C. de edicto D. Hadriani tollendo. (VI. 33.) 1) Die Entrichtung der vicesima hereditatum ist keine Voraussetzung mehr. 2) Das Gesuch ist nicht mehr auf ein Jahr beschränkt. 3) Ueber die Einweisung wird ein Protocoll durch publicae personae aufgenommen und 4) wird die missio vom iudex rei sitae verfügt.

**) 1) Veräußerung der Erbschaft.

a) Durch in iure cessio. — α) **1479**. Gai. II. 34. „Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit.“ Tradirt kann sie nicht werden als unkörperlicher Gegenstand (Gai. II. 28.) und mancipirt nicht, weil sie nicht res mancipi ist (Gai. II. 17.) Huschke, Studien. S. 233. — β) **1480**. Gai. II. 35. „Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres exstiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset: post aditionem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur; debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.“ § 36. „Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post aditionem (in) iure cedat.“ Ulp. XIX. § 11—15. — Gans, Scholien zum Gaius. S. 370. 371. Schweppe § 459. Walter § 666. Tigerström S. 293. und besonders Huschke a. a. O. S. 233—242. v. Scheurl, Beiträge, Abth. 2. S. 94 ff. Köppen, System des Erbr. I. S. 325. Kuntze II. S. 550. 551.

Mit dieser in iure cessio der legitima hereditas intestati verhält es sich wohl folgendermaßen:

Die in iure cessio war eine Schein-vindicatio hereditatis. Es wird zum Zwecke derselben ein Gegenstand der hereditas vor den Prätor (in ius) gebracht, den derjenige, cui hereditas ceditur, in der Hand hält und dabei in Gegenwart des Prätors die Worte spricht: Hanc hereditatem Titii ex iure Quiritium meam esse aio. Der Cedent widerspricht nicht auf die Frage des Prätors: an contravindicet?, worauf der Prätor dann hereditatem addicit. (Gai. II. 17. 24.)

Aus der Form der Uebertragung ergeben sich nun folgende Wirkungen von selbst: 1) Materiell kann man in dieser in iure cessio eine Uebertragung eines Rechts wohl sehen, dagegen formell ist der Cedent nur ein pro herede oder pro possessore possidens, dem der eigentliche Erbe, qui vindicat, gegenübersteht. Durch das addicere des Magistrats steht rechtskräftig fest, daß dieser vindicans der legitimus heres sei. Daraus folgt aber 2), daß der, cui hereditas in iure cessa est, nicht wie Köppen a. a. O. S. 325. meint, an Stelle des Cedenten „Delat“ geworden ist, sondern „Erbe“. Denn durch die vindicatio hereditatis tritt er durch seine voluntas die Erbschaft an, als ob sie ihm als legitimus heres deferirt gewesen wäre. (fit heres, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.) 3) Diese Wirkung war aber nur möglich bei der legitima hereditas wegen des Grundsatzes in legitimis hereditatibus successio non est. Wo eine successio ordinum et graduum zulässig war, würde die in der in iure cessio liegende Rechtskraft den Cessionar dem nachfolgenden Erben gegenüber nicht geschützt haben, denn in der in iure cessio des Ce-

denten lag die Erklärung, nicht Erbe sein zu wollen. Die Erbschaft wäre also dem nächstfolgenden deferirt gewesen, und wenn dieser aus der Delation angetreten hätte, hätte er mit Recht sie dem Cessionar abvindiciren können. Bei der legitima hereditas gab es aber wegen des Grundsatzes in legitimis hereditatibus successio non est keinen eventuell Berechtigten aus einem späteren ordo oder gradus, und so blieb die in iure cedirte hereditas definitiv bei dem Cessionar.

Es ergiebt sich hieraus für die Möglichkeit einer Cession des blos deferirten Intestaterbrechts Folgendes: In der Veräußerung des deferirten Rechts liegt jedes Falls ein repudiare des deferirten Rechts, der Cedent will nicht Erbe aus dieser Delation sein. [fr. 95. D. de acq. vel om. her. (29, 2.) „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis."] Die Erbschaft ist sofort dem folgenden ordo oder gradus überall da deferirt, wo eine successio ordinem et graduum gilt. [fr. 1. § 6. D. de succ. edicto. (38, 9.) „..ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere bonorum possessio."] Eine in iure cessio hereditatis wird also überall da, wo eine successio ordinum et graduum vorkommt, ohne Effect sein, da dem successiv Berechtigten die res iudicata aus der in iure cessio eben so wenig schaden würde, wie dem wahren Eigenthümer einer Sache die in iure cessio durch einen Nichteigenthümer. Ohne den Grundsatz: in legitimis hereditatibus successio non est ist dem Cessionar die in iure cessio hereditatis werthlos, ihr materieller Werth beruht allein auf diesem Grundsatze. Eine in iure cessio bonorum possessionis intestati würde undenkbar sein. Bei der in iure cessio hereditatis ist formell von einer Uebertragung der Delation nicht die Rede, der Cessionar erwirbt formell die Erbschaft, weil er behauptet legitimus heres zu sein, weil ihm deferirt sei, und weil er durch seine Scheinvindication antritt oder angetreten zu haben behauptet.

Es war also nur die Form der in iure cessio, die bei der legitima hereditas ein blos deferirtes Erbrecht materiell übertrug. Mit dieser Form und mit dem Verschwinden des Grundsatzes: in legitimis hereditatibus successio non est, mußte die Möglichkeit verschwinden, eine blos deferirte Intestaterbschaft zu veräußern. Gerade deßhalb war eine in iure cessio der testamentarischen Erbschaft ante aditam hereditatem wirkungslos (nihil agit), weil darin eine repudiatio der testamentarischen Erbschaft lag, und folgeweis „iam coepit hereditas ad alios pertinere". Im neuesten römischen Recht, dem die in iure cessio fehlt und wo die successio ordinum et graduum durchgängig gilt, würde die Möglichkeit einer Veräußerung des Delationsrechts gerade so unmöglich sein, wie im älteren Rechte die Veräußerung des Delationsrechts aus einer testamentarischen Erbschaft. Es würde diese Art der Uebertragung der Delation aus Intestaterbrecht nicht ein bloßes Aufgeben der alten Form sein, wie Rudorff (Puchta's Pand. § 503. Not. c*) will, sondern ein ganz neuer Rechtssatz. Man wird daher die heutige Möglichkeit dieser Veräußerung des Delationsrechtes nicht aus fr. 4. § 28. D. de doli exc. (44, 4.) fr. 6. D. de R. I. (50, 17.) oder c. 1. C. de revoc. his (7, 75.) herleiten können, da diese Stellen sämmtlich, wie schon Brinz, Pand. S. 818. 819. bemerkt, auch eine andere Erklärung zulassen, schwerlich aber so höchst beiläufig in ihnen ein so völlig neuer Rechtssatz ausgesprochen sein würde. S. auch Pernice, M. Ant. Labeo I. S. 341 ff.

b) Verkauf der Erbschaft. Pernice, M. Ant. Labeo I. S. 388 ff. — **1481.** Gai. II. 252. „Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim insuerat (Goesch. in usu erat) ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis caussa venire, et quae stipulationes *inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur* inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est, hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero qui recipiebat hereditatem,

invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi." Ulp. XXV. 15. **1482.** Theoph. ad § 3. I. de fideic. hered. (II. 23.) „Ἐπηρώτα γὰρ ὁ κληρονόμος τὸν φιδεϊκομμισσάριον οὕτως, Ὁμολογεῖς, ὦ φιδεϊκομμισσάριε, ἐὰν ἀπαιτηθῶ τι ὑπὸ τοῦ ἐρεδιταρίου κρεδίτωρος, διδόναι μοι τοῦτο, ἤγουν καὶ δεφενδεύειν με, καὶ περιποιεῖν μοι τὸ ἀνενόχλητον; καὶ ἔλεγεν ὁ φιδεϊκομμισσάριος, Ὁμολογῶ· ἐπηρώτα δὲ καὶ ὁ φιδεϊκομμισσάριος τὸν κληρονόμον οὕτως· Ὁμολογεῖς, ὦ κληρονόμε, ἐὰν ἀπαιτήσῃς ἐρεδιτάριον δεβίτωρα, διδόναι μοι τοῦτο, ἤγουν καὶ ἐγχωρεῖν μοι τὰς ἀγωγὰς, ὥστε δυνηθῆναί με procuratorio nomine κινεῖν ταύτας; — — καὶ ἔλεγεν ὁ κληρονόμος, Ὁμολογῶ." [Vers. Reitz. Interrogabat enim heres fideicommissarium sic: Spondesne, fideicommissarie, si quid exigor ab hereditario creditore, illud mihi dare, vel me defendere etiam, molestiisque immunem praestare? et dicebat fideicommissarius, Spondeo. Interrogabat autem et fideicommissarius heredem sic: Spondesne, heres, si quid a debitore hereditario exegeris, hoc mihi dare, vel actiones etiam mihi cedere, ut eas procuratorio nomine movere possim? — — et dicebat heres, Spondeo.]

# Titel II.

# Prätorisches Erbrecht.

## Capitel I.

## Bonorum possessio im Allgemeinen.

### § 176.

1) Die älteste Gestalt der Bonorum possessio.*)

*) Hugo S. 550 ff. S. 578 ff. Schweppe § 462—464. Christiansen S. 419 ff. v. Tigerström § 191. Walter § 634. 643. 652. v. Vangerow II. § 398. Böcking, Instit. III. § 25—28. Puchta III. § 316. S. 239 ff. Rein S. 838 ff. — Hugo, De bonorum possessionib. Hal. 1788. § 23. sehr modificirt in desselben Rechtsgesch. Ausg. 11. S. 582. Niebuhr, Röm. Gesch. II. S. 173 ff. Dernburg, Beitr. zur Gesch. der röm. Testam. Bonn 1821. S. 191 ff. u. 214 ff. v. Löhr, Magaz. Bd. III. S. 254 ff. Francke, Recht der Notherben. S. 96 ff. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der Bonorum Possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum. Berl. 17 ff. Hierzu Huschke in den krit. Jahrbüchern v. Schneider. Jahrg. 1839. S. 1 ff. v. Vangerow a. a. O. Bd. II. § 398. Leist, Die bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwickelung und heutige Geltung. Bd. I. und II. Hingst, Comment. de bonor. possessione. Amstelod. 1858. Janssonius, De origine bonor. possessionis eiusque vi in adiuvando, supplendo iure Roman. hereditario. Gron. 1859. Jacques Flach, La bonorum possessio sous les empereurs romains depuis le commencement du IIme siècle jusqu' à Justinien exclusivement. Paris 1870. Bering a. a. O. S. 577 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 73 ff. Köppen a. a. O. S. 22 ff. — Kuntze, Curs. II. S. 535 ff. Schmidt, Das formelle Recht. S. 65 ff. Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis possessione. 1864. S. 28. Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38. Thl. I.

I) Die ältesten Arten der bonorum possessio: 1) Secundum tabulas; 2) Unde legitimi; 3) ex aequitate (unde cognati und unde vir et uxor).

**1483.** pr. I. de bon. poss. (3, 9.) „Ius bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo Praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a Praetore adiuvabatur. Sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus." (die erwähnte Constitution ist nicht erhalten.) — § 1. „Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas iure civili." — **1484.** Cic. in Verr. II. 1. c. 45. „Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret." **1485.** Id. in Verr. II. 1. c. 45. „Ex edicto urbano: Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet. Iam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione; si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis, neque tu aliud quidquam edicto amplecteris, nisi eam caussam pro qua pecuniam acceperis. Iam hoc ridiculum est. Si de hereditate ambigitur (Zweifel ist) et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem (al. hereditatem, al. possessionem hereditatis) dabo. Hoc translaticium est: sequi illud oportet: si tabulae testamenti non proferentur. Quid ait? Se ei daturum, qui se dicat heredem esse. Quid ergo interest, proferantur, nec ne? Si protulerit: uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem; si omnino tabulas non proferet: dabis." **1486.** Id. in Verr. II. 1. c. 44. „Posteaquam ius praetorium constitutum est, semper hoc iure usi sumus: si tabulae testamenti non proferrentur, tum, uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset; ita secundum eum possessio daretur. Quare hoc sit aequissimum, facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea ius ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse." — **1487.** Id. Orat. part. c. 28. „Atque eius quidem generis finis est aequitas; quae non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnumquam: ut cum de verissimo accusatore disceptatur, aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio: in quibus caussis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur." — Als Beispiele für das „aequius aequissimumve" vergl. **1488.** Cic. pro Cluent. c. 60. „Obiectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud hunc aegrotavit, huius domi mortuus est. „At heres est Cluentius?" Intestato dico mortuum, possessionemque eius bonorum praetoris edicto huic, illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et inprimis honesto, equiti Romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis." **1489.** Val. Max. VII. 7. § 5. „Egregia est quoque C. Calpurnii Pisonis praetoris urbis constitutio.

Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis."
1490. Turiner Institutionenglosse N. 315. „Bonorum possessio est ius persequendi retinendique patrimonii sive rei quae cuiusque dum moritur fuerit; item bonorum possessiones tribus modis introductae sunt, id est aut emendandi veteris iuris gratia aut impugnandi aut confirmandi. Emendandi, quia lex XII tabularum emancipatos inter suos non cognoscit, praetor vero hoc emendans vocat eos unde liberi. Impugnandi, quia lex XII tabularum eos, qui per femininum sexum descendunt, omnino repellit a successione, praetor autem hoc impugnans vocat eos per unde cognati. Confirmandi iuris gratia, quotiens eis dat praetor bonorum possessionem, qui poterant etiam iure civili tam ex testamento quam ab intestato decedere." (Fitting, Die Turiner Institutionenglosse S. 18. Not. 10.)

Ueber die Geschichte der Entstehung der Bonorum possessio finden sich jetzt noch vorzugsweise folgende wesentlich von einander abweichende Ansichten.

1) Was zuvörderst Hugo's Ansicht (a. a. O. S. 238 und S. 582. Not. 3.) anlangt, so läßt sich gegenwärtig nicht mit Gewißheit angeben, ob derselbe sich der neuesten Auffassung anschließt oder die schon von einigen älteren Juristen aufgestellte Hypothese billigt. Diese ältere Meinung über den Entstehungsgrund der bonorum possessio geht nämlich dahin, daß die B. P. ursprünglich nichts weiter gewesen sei, als das durch das edictum praetoris peregrini regulirte Erbrecht der Peregrinen, hergenommen aus Sätzen des ius gentium und allmählich übergegangen auch auf römische Verhältnisse. Gegen diese Ansicht hat aber schon v. Löhr, Magaz. Bd. III. S. 251 sehr richtig bemerkt, daß mit dieser Annahme die Beschränkung auf römische Bürger [fr. 3. § 5. 6. D. de B. P. (XXXVII. 1.) fr. 1. § 8. 9. D. de B. P. sec. tabul. (XXXVII. 11.)] und auf solche die testamenti factio und capacitas haben [fr. 12. § 1. fr. 13. D. de B. P. (XXXVII. 1.)] ganz unverträglich sei. Schirmer a. a. O. I. S. 90. Not. 31.

2) v. Löhr (a. a. O. S. 253 ff.) denkt sich die Entstehung folgendermaßen: Die Art, auf welche sich in späterer Zeit durch die B. P. decretalis die B. P. fortbildet, deutet die Art an, in welcher sich früher überhaupt die B. P. gebildet hat. Die B. P. war hiernach ursprünglich nur eine Begünstigung des heres, indem ihm auf sein Nachsuchen unter der Form einer missio in possessionem das Recht gewährt worden sei, den Besitz des Nachlasses zu ergreifen, und im Falle einer Verhinderung ein Schutz zugesagt durch das interdictum quorum bonorum (B. P. confirmandi iuris civilis gratia data). Starb dagegen Jemand ohne einen heres zu hinterlassen, so sollten die dem Verstorbenen nahe verbundenen Personen auf ihr Gesuch, caussa cognita pro tribunali, in den Besitz in ähnlicher Weise eingewiesen werden, woraus sich dann ein eigentliches Successionsrecht dieser Personen allmählich bildete (B. P. supplendi iur. civ. gratia data). Von da wäre es dann nur eine sehr natürliche Erweiterung dieses Princips, auch einen Nicht-heres mit Berücksichtigung einzelner Umstände vor einem heres zu berechtigen, wie die emancipati vor den Agnaten (B. P. corrigendi iur. civ. gratia data). — Gewiß wird man zugestehen müssen, daß die Entwickelung der B. P. auf diesem Wege möglich gewesen wäre, so daß, wenn nicht andere Nachrichten eine hiervon verschiedene Entstehung des Institutes fast bis zur Evidenz bewiesen, man sich bei Löhr's Annahme beruhigen dürfte. Allein theils diese erst unten näher zu betrachtenden Stellen von Cicero und Gaius, theils aber auch die nicht ganz zu verkennende Bedenklichkeit der aus der B. P. decretalis hergenommenen Analogie dürften Löhr's Hypothese bedenklich machen. Letztere ist nämlich deßhalb bedenklich, weil die B. P. decretalis ihrem Wesen nach nicht darin

besteht, den **Umfang** des Rechtsinstitutes zu bestimmen, sondern nur ein seinem Umfange nach schon bekanntes Institut auf andere Berechtigte anzuwenden. Auf welchem Wege also die B. P. den dort vorausgesetzten Umfang erhielt, läßt sich demnach daraus nicht einmal analogisch herleiten.

3) **Savigny** (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 14 ff. Verm. Schriften Bd. II. S. 230 ff.) hat einen andern Gang der Entwickelung der B. P. angenommen: Da die Prätoren, wenn eine Neuerung im Rechte sich nothwendig machte, nur eben so viel abänderten als unumgänglich nöthig schien, so befolgten sie dasselbe Princip auch um gewisse bisher nicht erbberechtigte Personen dennoch den Erben gleichzustellen. Eigenthum und Obligationsverhältnisse wurden aber vom Erben so fortgesetzt, als ob sie nie unterbrochen gewesen. Indem nun jene andern Personen practisch den Erben gleichgestellt werden sollten, konnte dieses rücksichtlich der Obligationen sehr einfach dadurch vermittelt werden, daß der Prätor aus allen beim Verstorbenen schon vorhandenen Obligationsverhältnissen actiones utiles oder fictitiae demjenigen und gegen denjenigen gab, den er dem Erben gleichstellen wollte. Beim Eigenthume war das Verfahren und das Bedürfniß selbst ein anderes. Der durch den Prätor zu Berechtigende hatte hierbei natürlich eben so wie jeder Dritte Occupationsrecht der Erbschaftssachen und die Möglichkeit, durch pro herede usucapio Eigenthum daran zu erwerben. Nur für den Fall, daß ihnen schon Jemand zuvorgekommen im Besitze, bedurfte es also eines neuen Rechtsmittels, um jene usucapio herbeizuführen. Dieses Rechtsmittel war aber demgemäß und mußte sein ein interdictum adipiscendae possessionis, das interdictum quorum bonorum. Nachdem später dann das s. g. bonitarische Eigenthum aufkam, wurde dieses, sobald die B. P. agnoscirt war, dem bonorum possessor gegeben und dieser somit im practischen Effecte einem eigentlichen heres fast ganz gleich gestellt, besonders seit um die Zeit Marc Aurels auch die bei der hereditas vorhandenen Rechtsmittel analogisch dem bonorum possessor unter der Form der hereditatis petitio possessoria gegeben wurden.

4) Im Wesentlichen stimmt **Schirmer** a. a. O. I. S. 90 ff. dieser Ansicht bei, indem er annimmt, daß der Prätor gleich von vornherein es auf eine Ergänzung und Abänderung des civilen Erbrechts abgesehen habe. Er habe freilich nur von der factischen Seite her eingreifen können, indem er eines Theils den von ihm begünstigten Personen den Besitz der Erbschaftssachen verschaffte, andern Theils die erbschaftlichen Klagen als actiones utiles activ und passiv auf sie übertrug.

5) Während nach Savigny die bonorum possessio gleich von Anfang an das gesammte Vermögen des Verstorbenen umfaßt und nur die Rechte an demselben denen des Verstorbenen daran nicht ganz identisch sind, umfaßte nach **Niebuhr** (Röm. Gesch. Bd. II. S. 173. Ausg. 2.) ursprünglich die B. P. nur die successio in die possessio am ager publicus. Regelmäßig habe nämlich der Prätor den durch das Wegfallen des bisherigen possessor erledigt gewesenen Besitz am ager publicus des Vorgängers wieder dem heres zugetheilt. Da aber der Staat über dieses sein Eigenthum frei habe verfügen können, so hätte er sich auch bei dieser Verleihung des ager publicus nicht an die Regeln des Civilerbrechts zu binden gebraucht, sondern von der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge abweichen können. Da nun aber in der Zeit zwischen dem Hannibalischen Kriege und dem Sempronischen Gesetze gerade die Nutzung am ager publicus den größten Theil des Vermögens regelmäßig ausgemacht habe und außerdem das Eigenthum in den zugewandten Ländern und den Provinzen, bei welchen das Erbrecht der XII Tafeln ebenfalls nicht zur Anwendung kam, jener Nutzung gleichgestellt gewesen, so ergebe sich ganz von selbst, wie sich durch Gewohnheit habe ein Erbrecht bilden können, durch dessen Ausbreitung das gesetzliche benachtheiligt worden sei. — Die Gründe, welche Fabricius (a. a. O. S. 11 ff.) gegen diese Auffassung der Geschichte der Entstehung der B. P. angeführt hat, können unmöglich als genugsam widerlegend angenommen werden, da dessen ganze Deduction nur darauf gerichtet ist, daß die possessio am ager

publicus beim Erben habe bleiben können, keineswegs aber gegen Niebuhr's Grundgedanken gerichtet sind, daß der Prätor darüber als über ein eigentlich blos factisches Verhältniß frei habe verfügen dürfen. Durch die Deduction von Fabricius ist höchstens nachgewiesen, was aus diesen possessiones wurde, wenn der Magistrat nicht darüber verfügt, nicht aber daß es ihm rechtlich unmöglich gewesen sei, die Succession in die possessiones auf eine solche Weise anzuordnen. Weit mehr scheint mir gegen Niebuhr's Meinung der Umstand zu sprechen, daß auf diese Weise eine Successionsart, die wesentlich nur die Patricier berührte, gerade mit dem Verschwinden dieses Standes und der ursprünglichen Verhältnisse für alle römische Bürger und unter ganz veränderten Verhältnissen ihre eigentliche Ausbildung erhalten haben soll.

6) Ohne irgend auch nur ein unterstützendes Moment aus den Quellen für seine Ansicht anzugeben, hat Christiansen (a. a. O. S. 419 ff.) die Entstehung der B. P. so hergeleitet: Obgleich das Civilerbrecht einer Erweiterung bedürftig gewesen sei, habe die Gesetzgebung dennoch dazu keine Anstalt gemacht, besonders habe hinsichtlich der Emancipirten und Adoptirten das Erbrecht mit den Wünschen des Volks nicht im Einklange gestanden. Wie das Volk über dergleichen Personen dachte, habe der Prätor aus den Testamenten erkannt, in denen sie instituirt, substituirt oder durch Vermächtnisse honorirt worden seien. Einer so im Sinne des Volks inique vom Nachlasse ausgeschlossenen Person habe dann der Prätor caussa cognita ein Interdict gegeben, durch welches sie sich den Besitz der Verlassenschaft (bonorum possessio) verschafft habe. Durch diesen Besitz sei dann freilich eine solche Person nur gegen den praedo vollkommen geschützt gewesen, habe aber den Civilerben im petitorischen Processe jedesmal weichen müssen. Die Collision solcher blos prätorisch Berechtigten wäre dann durch den Prätor regulirt worden und er habe eine Reihenfolge aller Civilerben (insofern diese unter einander den Besitz der Erbschaftssachen an sich ziehen wollten) und der blos prätorisch Berechtigten, welche er besser als praedones hielt, aufgestellt, welche Personen welchen Personen in der Besitznahme weichen müßten, wobei den nicht speciell Genannten immer noch der Versuch der caussae cognitio offen geblieben sei.

7) Bei Gelegenheit einer Recension der oben angeführten Schrift von Fabricius hat Huschke in Richter's krit. Jahrb. 1839. S. 11 ff. und später noch mit andern Gründen unterstützt in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 157 ff. und S. 204 ff. (dagegen Leist, Comm. Bd. I. S. 271 ff.) seine eigene Ansicht über die Entstehung der B. P. dargestellt. Huschke denkt sich nämlich die Entstehung unseres Institutes auf folgende Weise: — Schon im ältesten Rechte gab es eine doppelte Art, den Nachlaß eines Verstorbenen zu erwerben, eine innerliche, die das Recht gab (dem heres ex testamento oder lege) und eine äußerliche, indem man die Nachlaßgegenstände als herrenloses Vermögen in Besitz nahm, die den Besitz und Genuß gab und endlich durch pro herede usucapio zum Rechte führte. Der Regel nach hatte nun der heres zugleich auch den Besitz des Nachlasses. War dieses aus irgend einem Grunde nicht der Fall, so konnte auch eine andere dem Verstorbenen nahe stehende Person aus gewissenhafter Rücksicht auf die an der familia defuncti haftenden sacra und wegen der Gläubiger des Verstorbenen — um Götter und Menschen zu befriedigen — sich sobald als möglich in den Besitz des Nachlasses setzen und auch das Uebrige usucapiren. Später mochte dann diese pia et honesta possessio et usucapio pro herede durch die aus bloßer Gewinnsucht entspringende Gier, den Nachlaß einer Person durch Besitz pro herede zu usucapiren (improba et lucrativa possessio) immer mehr verdrängt und den würdigsten Competenten immer häufiger entzogen werden. Dazu kam aber dann ganz natürlich, daß auch durch die Menge der Beutelustigen der Nachlaß so sehr zersplittert wurde, daß die Idee der Einheit der bona dadurch ganz verloren ging. In Rücksicht dieser äußerlichen Seite mußte daher der Magistrat gegen diese Uebelstände helfend einschreiten, damit 1) die einheitliche Natur der bona aufrecht erhalten würde, 2) daß nur die würdigsten Competenten vom

Prätor zur Besitznahme autorisirt würden und endlich 3) das Erbvermögen sobald als möglich einen factischen Vorsteher erhielt, indem die B. P. auf gewisse Zeit beschränkt und nach deren Ablauf der nächstwürdige Competent berufen wurde (successorium edictum). Von dieser Zeit der magistratischen Einwirkung auf die Besitznahme des Nachlasses datire sich denn der Anfang der B. P., indem statt des früheren Zustandes, bei welchem man sich selbst in Besitz gesetzt habe, jetzt diejenigen, denen der Prätor im Edicte seine Hülfe angeboten habe, durch diesen auch in den Besitz gesetzt wurden. Dieses sei anfänglich wohl ohne Weiteres geschehen, später aber sei dem Berufenen durch die Gewährung der B. P. wohl nur das Recht gegeben worden, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und um dieses auszuführen ein interdictum adipiscendae possessionis, das interd. quorum bonorum, so daß die bonorum possessio in ihrem Anfange eigentlich nichts weiter gewesen sei, als eine Regulirung der eigenmächtigen Occupation des Nachlasses durch den Prätor, eine Regulirung der pro herede usucapio. Hingst l. c. p. 84. 115. Daraus ergibt sich nun nach Huschke, daß die B. P. adiuvandi und confirmandi iuris civilis caussa materiell und formell ganz gleichartige Institute sind und dann, daß sich der Prätor bei Ertheilung derselben ganz freie Hand behielt, so daß er selbst in den Fällen der confirmandi i. c. caussa data doch im Edicte nur zusagte, daß er auf das Civilerbrecht bei dergleichen Berechtigten hauptsächlich (potissimum) sehen würde (Cic. in Verr. I. 44. 45. Val. Max. VII. 7. § 6. 7.), aber wenn sie aus andern Gründen unwürdig erschienen, ihnen dennoch die B. P. nicht ertheilen wollte [arg. tit. D. quibus non competit bonorum possessio. (XXXVIII. 13.)]. Auch Köppen a. a. O. S. 22 ff. schließt sich im Wesentlichen dieser Ansicht Huschke's an. Er sieht in der bonorum possessio ursprünglich nichts Anderes, als eine factische Gewährung der Erbschaft zum Zweck ihrer Ersitzung.

8) Nach Dernburg's Andeutungen und der weiteren Ausführung und Begründung von Francke, Fabricius und v. Vangerow II. § 398. S. 12 ff. ist der Entwickelungsgang der bonorum possessio kurz folgender gewesen: Da der Gedanke eines Besitzes der Erbschaft in frühester Zeit den Römern nicht fremd und die hereditatis petitio nur eine vindicatio hereditatis war [Gai. II. 54. VI. 16. 17.], so mußte auch bei der ältesten Art der Geltendmachung derselben durch legis actio sacramenti das Vorverfahren der vindiciae vorkommen. Eigentlicher Kläger konnte natürlich hier nur der sein, welcher sich auf ein civilrechtlich gültiges Testament oder auf Civilintestaterbrecht stützte. Da nun aber ferner die älteste Form des Vindicationsprocesses zur Zeit der legis actiones in einem Vindiciren und Contravindiciren bestand, so mußte vor Allem durch den Prätor zuerst der Besitzstand der streitenden Parteien regulirt werden, der Prätor mußte secundum alterum eorum vindicias dicere d. h. einen von beiden zum einstweiligen Besitzer machen. Bei der Vindication einzelner körperlicher Gegenstände wurden diese vindiciae am einfachsten demjenigen gegeben, der bisher unter gewissen Voraussetzungen (sine vitio) besessen hatte; bei der Vindication der Erbschaft hätte dagegen, da vor der Occupation irgend Jemandes ein vitioser Besitz bei ihr nach den ältesten Rechtsgrundsätzen nicht denkbar war, entweder nur der zufällige Umstand berechtigen können, daß irgend Jemand zuerst Besitz ergriff, also z. B. auch die vindiciae secundum praedonem gegeben werden müssen, oder es hätten auch Mehrere zugleich verschiedene Erbschaftssachen besitzen können [fr. 15. D. de exc. rei iudic. (XLIV. 2.)], in welchem Falle nicht einmal jener zufällige Umstand bei der Ertheilung der vindiciae secundum aliquem entschieden haben würde. Aus diesen Gründen war es hier offenbar das Natürlichste, demjenigen den Besitz einstweilen zuzusprechen, der dem äußern Anscheine nach das größte Recht auf den Nachlaß selbst zu haben schien. Da aber diese Berechtigung ihre Begründung nur entweder in einem testamentarischen Erbrechte oder im Intestaterbrechte suchen konnte, so sollte derjenige, welcher sein Erbrecht auf ein von sieben Zeugen untersiegeltes Testament (tabulae septem signis signatae) stützt oder im Falle ein solches Testament nicht vorgebracht werde,

mindestens als legitimus heres auftreten könne, den einstweiligen Besitz der Erbschaft (hereditatis s. bonorum possessionem) erhalten. War nun wirklich zum Zwecke des Erbschaftsprocesses Jemand aus den eben angeführten Gründen während der Dauer des Processes zum bonorum possessor gemacht, so mußte er für die Erbschaft und deren von ihm zu ziehende Nutzungen sogleich Sicherheit leisten und zwar, wenn er mittelst einer legis actio geklagt hatte, durch praedes litis et vindiciarum, oder wenn er per sponsionem processirte, durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum. (Gai. IV. 17. 90—96.) War so Caution bestellt, so hatte der bonorum possessor theils das interdictum quorum bonorum auf Erlangung des Besitzes derjenigen körperlichen Gegenstände, in deren Besitz er sich noch nicht befand, theils aber auch actiones fictitiae gegen die Erbschaftsschuldner, und die Erbschaftsgläubiger gegen den bonorum possessor. (Gai. IV. 34. Ulp. XXVIII. 12.) Siegte nun in dem spätern Erbschaftsstreite der bonorum possessor, so war seine bonorum possessio cum re; siegte aber dessen Gegner, so mußte der bonorum possessor den von ihm besessenen Nachlaß restituiren oder in Folge der oben genannten Cautionen den vollen Betrag der Erbschaft erstatten — es war seine bonorum possessio sine re. — Gegen diese Ansicht jetzt besonders Leist, Glück's Comment. Bd. I. S. 121 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 91. Not. 32.

9) Pernice, Labeo I. S. 323 ff. nimmt an, daß es in Rom eine Zeit gegeben habe, in der eine Nachfolge von Todeswegen nicht als juristische Construction bestanden habe. Das Vermögen habe man sich vorgestellt als Inbegriff aller im Eigenthume des römischen Bürgers stehenden körperlichen Sachen, Sclaven und Viehstand, familia pecuniaque d. h. den Mobiliarreichthum der ältesten Zeit. Wer familia pecuniaque erhält, der überkömmt nach der ausdrücklichen Bestimmung der XII Tafeln auch die persönlichen Forderungsrechte. Den Satz, daß eine Erbschaft auch lediglich aus unkörperlichen Sachen bestanden habe, habe zuerst Labeo [fr. 3. § 1. D. de B. P. (39, 1.)] mit Bezug auf die bonorum possessio verfochten. Mit dieser neuen Anschauung sei auch die Umgestaltung der pro herede usucapio eingetreten, indem jetzt, seit auch die nomina Theil der Erbschaft geworden seien, eine Ersitzung der Erbschaft durch den Besitz der Einzelsachen nicht mehr vermittelt erscheinen konnte. Auch Pernice (S. 336.) sieht daher mit Leist die bonorum possessio als eine prätorische Zuweisung der hereditas (hereditatis possessio), aber nicht mit Leist als einen Erbrechtsbesitz, sondern als einen Erbgüter- oder Erbschaftsbesitz. Daß aber dieser Standpunkt nicht der ursprüngliche gewesen sei, beweise der Umstand, daß durch das interdictum quorum bonorum nichts erlangt werde, als der Besitz der corpora hereditaria. Immer aber sei mit diesem Interdicte die vom Prätor ertheilte bonorum possessio ungerechtfertigten Besitzern gegenüber durchgesetzt worden. Die actiones fictitiae dagegen gehörten einer späteren Zeit an, wo nichtcivile Erben den Erbschaftsbesitz erhielten.

10) Hingst a. a. O. S. 110 ff. geht davon aus, daß die bonorum possessio und das interdictum quorum bonorum denselben Zweck gehabt hätten, den für das Eigenthum und den Streit darüber die interdicta retinendae possessionis gehabt hätten, indem die B. P. dem gegeben werde, der eigentlich Besitzer sein sollte. Nur aber sei das interd. quorum bonorum dadurch von dem interdictum uti possidetis und utrubi nicht allein deßhalb verschieden gewesen, weil das interdictum quorum bonorum ein interd. adipiscendae possessionis gewesen sei, sondern auch, daß es ein simplex sei, bei dem der Kläger keineswegs leugne, daß der Beklagte besitze, sondern behaupte, daß er selbst besitzen müsse (possidere oportere). Während nun nach dem ältesten Civilrecht jeder die Erbschaft habe occupiren können, habe der Prätor bestimmt, daß nunmehr der Erbschaftsbesitz auf Grund eines titulus verliehen werden solle. Diesen titulus hätten aber nur bestimmte, nicht alle Civilerben gehabt, nämlich nur der heres, der signatae septem testibus tabulae habe vorlegen können, und die legitimi

heredes. Dieser Ansicht schließt sich wesentlich Rudorff an (Puchta III. § 316. Not. kk.). Dagegen Leist a. a. O. S. 116 ff.

11) Schmidt, das form. Recht der Notherben S. 65 sieht, namentlich im Gegensatz zu Fabricius, den Grund der Einführung der bonorum possessio durch den Prätor darin, daß sie eine vorläufige Repräsentation des heres, und zwar des heres wegen, sein solle. Derjenige, dem sie zugetheilt wurde, als dem wahrscheinlichen heres, habe dadurch die Möglichkeit bekommen, sich auf dem Wege Rechtens in den Besitz der hereditas zu setzen, und zwar insbesondere in den Besitz der corpora hereditaria durch das interdictum quorum bonorum. Dieser Besitz habe aber den doppelten rechtlichen Vortheil gehabt, 1) daß der Besitzer in die Lage kam pro herede zu usucapiren und 2) für den Fall eines nachträglichen Processes um das Erbrecht die Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio sicher war.

Die Entwickelung der B. P. ist nach Leist, dem ich mich im wesentlichen anschließe, wohl folgende gewesen:

I. Die bonorum possessio zur Zeit der Republik. — Die bonorum possessio tritt uns zu Cicero's Zeit schon als ein seinem Wesen nach ausgebildetes Institut entgegen. (Cic. in Verr. II. 1. 44. N. 1486.) Worin diese bonorum possessio zu dieser Zeit bestanden hat, scheint mir durch Leist (Glück's Comm. Serie der Bücher 37 u. 38. Bd. I.) jetzt überzeugend dargethan, dessen Untersuchungen folgendes Resultat ergeben: die B. P. war zu Cicero's Zeit nicht eine bloße Regulirung des Besitzes der einzelnen corpora hereditaria, sondern eine Regulirung des Besitzes des Erbrechts, also eine hereditatis possessio. Das Object dieser hereditatis possessio war von jeher das ius heredis, die Universalsuccession, und zwar das praetorio iure succedere in locum defuncti. (Leist a. a. O. S. 94 ff.) fr. 3. pr. D. h. t. (37, 1.) Die bonorum possessio ist daher nach Leist (a. a. O. I. S. 430.) „der magistratisch-autorisirte und danach mit den geeigneten Rechtsmitteln geschützte Eintritt in die Rechte und Pflichten des heres. Es war dabei möglich, daß der bonorum possessor die Erbschaft definitiv behielt (bonorum possessio cum re), oder daß sie ihm vom heres mit seiner hereditatis petitio wieder abgenommen wurde (bonorum possessio sine re). Ulp. XXVIII. 13. „Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit.“ — Gai. III. 36. In dieser Zeit waren die zur bonorum possessio Berechtigten folgende: 1) der testamento zur hereditas Berechtigte d. h. hier der, der auf Grund eines existirenden, vorgelegten und mit bestimmter Siegelzahl versehenen schriftlichen Testaments se heredem esse arbitratur. — Bonorum possessio secundum tabulas. — 2) Der lege zur Erbschaft Berechtigte. (Leist a. a. O. S. 55 ff.) — Bonorum possessio unde legitimi. — Endlich 3) der, der sich nach der aequitas als der Empfehlenswertheste darstellt (in quibus caussis quid aequius aequissimumve sit. Cic. orat. part. c. 28. N. 1487.). — Bonorum possessio unde cognati und unde vir et uxor. Leist a. a. O. S. 65 vergleicht diese dritte Stelle der zur B. P. Berechtigten, indem hier das arbitrium des Prätors in einer auswählenden caussae cognitio sich äußerte, ganz passend mit der clausula generalis bei der Restitution. Die datio der B. P. durch den Prätor giebt das Recht auf adipisci der possessio der corpora hereditaria.

1) Der Grund der Einführung der bonorum possessio. — Obgleich dieser nicht mit Bestimmtheit angegeben werden kann, so ist es doch im höchsten Grade wahrscheinlich (Leist a. a. O. I. S. 315 ff.), daß es eines Theils aus dem Grunde geschehen sei: ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent (fr. 1. pr. D. de succ. ed. 38, 9.), anderes Theils aus dem Grunde: ne quis sine successore moriatur (Gai. III. 33. § 2. I. de B. P. 3, 9.), aus welchem letzteren Gesichtspunkte das suc-

cessorium edictum, als die Einführung einer dem Civilrechte unbekannten Aufeinanderfolge der Berufungen, entstanden ist.

2) Die Delation und Acquisition der bonorum possessio. — Die Grundsätze, welche für die Delation der bonorum possessio gelten, sind dieselben, welche bei der Delation der hereditas zur Anwendung kommen. (Leist a. a. O. I. S. 303.) Wer in einem Testament mit gehöriger Siegelzahl eingesetzt ist, dem ist die B. P. secundum tabulas deferirt, wenn aber nullae tabulae proferantur, so ist dem ab intestato zunächst Stehenden die bonorum possessio deferirt, perinde atque superiores non essent. (Ulp. XXVIII. 11.) Die Delation wird aber der folgenden Classe gewährt nicht blos in dem Falle, wenn Niemand aus der vorhergehenden vorhanden war, sondern auch dann, wenn sich binnen bestimmter Frist der Vorhergehende nicht gemeldet hatte. Ob diese Frist von Anfang an bestimmt war oder im arbitrium des Prätors stand, ist nicht nachweisbar. — Die Acquisition der bonorum possessio geschieht durch die datio bonorum possessionis durch den Prätor. Auch für diese Acquisition der bonorum possessio gelten dieselben Grundsätze, die bei der acquisitio hereditatis gelten. (Leist a. a. O. I. S. 305 ff. und ausführlicher ebendaselbst Bd. II. S. 129 ff.)

3) Die Wirkungen der verliehenen bonorum possessio. — Dadurch, daß der Prätor den Besitz des Erbrechts verleiht (dat), wird der bonorum possessor als vice heredis behandelt. (fr. 117 D. de R. I. 50, 17. Leist a. a. O. I. S. 293 ff.) Zur Ausübung dieses Besitzes des Erbrechts erhält der bonorum possessor — a) die Klagen, die dem Erben und eben so die, die gegen den Erben zustehen, als actiones fictitiae (Gai. IV. 34.). — b) das interdictum quorum bonorum mittelst dessen, als eines interdictum adipiscendae possessionis, er gegen den eigenmächtigen Besitzer (possessor) auf Herausgabe der corpora hereditaria klagt; hat er sie dann erlangt und verliert deren Besitz, so kann er sich nun nur der gewöhnlichen Schutzmittel des Besitzes bedienen.

II. Weitere Ausbildung der bonorum possessio in der Kaiserzeit. — Nachdem im Laufe der Zeit neben die confirmatorischen Classen der „b. p. secundum tabulas“ und „unde legitimi“ die suppletorischen „unde cognati“ und „unde vir et uxor“ getreten waren, kamen schließlich die correctorischen Classen der „b. p. contra tabulas“ und „unde liberi“ hinzu, ohne daß aber mit Sicherheit zu bestimmen ist, in welcher zeitlichen Folge sie eingeführt sind. (Leist in Glück's Comm. Bd. II. S. 10 ff.) Im Einzelnen gehören hierher noch folgende Bestimmungen, die als singuläre die B. P. secundum tabulas wesentlich modificirten (Leist, die B. P. II. 1. § 106—111.):

1) Testamentum ruptum. — Hadrian bestimmte in fr. 12. pr. D. de iniusto, rupt. (XXVIII. 3.), daß wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt worden war, dieser postumus aber schon bei Lebzeiten des Testators wieder verstorben war, der secundum tabulas bonorum possessor dem Civilintestaterben vorgehen solle, während früher natürlich das Verhältniß das umgekehrte gewesen war, also die bonorum possessio soll jetzt in diesem Falle stets cum re sein. (Fabricius a. a. O. S. 111 ff. Huschke a. a. O. S. 20 ff. Leist, die bon. poss. II. 1. S. 287 ff.)

2) Testamentum non iure factum. — Nach einer Notiz bei Gaius erhielt aber durch Marc Aurel die sec. tab. B. P. eine für das testamentarische Erbrecht sehr folgenreiche Wirkung.

**1491.** Gai. II. 120. „Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.“

Fehlten nämlich einem Testamente nur die civilrechtlich nothwendigen Solennitäten,

so sollte dennoch der secundum tabulas bonorum possessor dem Civilintestaterben vorgehen, indem ihm gegen letzteren eine exceptio doli gewährt sein sollte. Leist, die B. P. II. 1. S. 293. 294. II. 2. S. 80 ff.

3) Concurrirte er dagegen mit einem zur Erbschaft aus einem früheren Civiltestamente Berufenen, so sollte seine secundum tabulas B. P. nur dann cum re sein, wenn er zugleich auch Intestaterbe des Verstorbenen war. fr. 2. D. de iniusto, rupto (XXVIII. 3.). Ob aber dieser Fall auch schon durch Marc Aurel eingeführt ist oder erst einer späteren Interpretation seine Entstehung verdankt, läßt sich mit Sicherheit nicht bestimmen. — In allen übrigen Fällen blieb die B. P. sec. tab. stets sine re.

In der Zeit der classischen Jurisprudenz näherten sich hereditas und bonorum possessio mehr und mehr, ohne aber zu einer einzigen Successionsart zu verschmelzen, obgleich beide zusammen in dieser Zeit als Inbegriff des practisch geltenden Erbrechts angesehen werden (Leist a. a. O. Bd. II. S. 97 ff.), beide sind „dem äußern Effect nach bereits zu Einer Klassenordnung verschränkt“. Immer aber wird die hereditas noch durch bloßen Willensact erworben, während die bonorum possessio nur durch datio von Seiten des Magistrats erworben wird. Aber als Regel gilt, daß, weil etwas bei der hereditas gilt, es deßhalb auch bei der bonorum possessio gelten müsse, wie z. B. die Regeln des Transmissionsrechts, des Accrescenzrechts, der testamenti factio u. s. w. — (Leist a. a. O. Bd. II. S. 107 ff.) Dabei ist aber bei der B. P. die eigenthümliche Vorschrift, daß wenn dieselbe aus einer bestimmten pars edicti erbeten war, die Ertheilung aus dieser pars edicti zwar nicht mehr zu ändern ist, aber doch dann, wenn in Folge veränderter Umstände sie eigentlich aus einer andern pars edicti hätte ertheilt werden müssen, fingirt wurde, sie sei aus der richtigen pars edicti erbeten. War daher z. B. bei bedingter Einsetzung von dem bedingt Eingesetzten — wie er es thun mußte — die B. P. secundum tabulas erbeten, so wurde, im Falle die Bedingung deficirte, wenn der Eingesetzte zugleich nächster Intestaterbe war, seine agnoscirte B. P. secundum tabulas so behandelt, als habe er B. P. ab intestato vom Prätor erhalten, tuendus est. [fr. 5. D. de B. P. sec. tabul. (37, 11.). Leist a. a. O. Bd. II. S. 117 ff.] Als nach der Zeit der classischen Juristen beide Arten des Erbrechts, civiles und prätorisches, als ein einziges Erbsystem angesehen wurden, sicherte auch das Civilrecht in gewissen Fällen eine bonorum possessio zu, die bonorum possessio quibus ex legibus. § 7. I. de bon. poss. (3, 9.) fr. 1. pr. D. ut ex legibus senatusve consultis B. P. detur (38, 14.). Leist a. a. O. Bd. II. S. 270 ff. Um die Zeit Diocletian's wird endlich, während man bis dahin, um das gesammte regelmäßige Erbrecht zu bezeichnen, sich des Ausdrucks „hereditas und bonorum possessio“ bediente, beides zusammen durch das Wort „successio“ bezeichnet (Leist a. a. O. Bd. II. S. 276 ff.), so daß es als dieselbe successio angesehen wird, die man nur auf verschiedene Weise, durch einfache Willenserklärung oder durch agnitio von dem Magistrat innerhalb bestimmter Frist erwirbt. Ueber die Veränderungen Justinian's, namentlich das Verschwinden der Nothwendigkeit der agnitio bei der B. P. vergl. Leist a. a. O. Bd. II. S. 308 ff. (S. unten S. 152.)

III. Form der Ertheilung.

1) Bis zur Zeit der christlichen Kaiser. — a) Bonorum possessio edictalis. — v. Vangerow II. § 400. N. 1. Leist, die B. P. II. 2. S. 118. 119. Ders. in Glück's Comm. Bd. II. S. 160 ff. Während anfänglich wohl alle B. P. immer erst caussa cognita pro tribunali ertheilt wurde, kam dieses, als die B. P. zu ihrer vollen Entwickelung gekommen war, nur noch ausnahmsweise vor. (v. Löhr, Magaz. für Rechtsw. Bd. II. S. 440. Leist, die B. P. II. 1. S. 309. II. 2. S. 68. S. 118 ff.) Als nämlich der Prätor geradezu in seinem Edicte bestimmten Personen unter gewissen Voraussetzungen ein prätorisches Erbrecht zugesichert hatte (bonorum possessio edictalis), brauchte Derjenige, welcher aus diesem Grunde die B. P. in Anspruch nahm, sich nur folgender Form zu bedienen:

Er überreichte innerhalb einer bestimmten Frist dem Prätor ein schriftliches Gesuch (libellus), in welchem theils die Thatsachen angeführt waren, auf welche er sein Recht stützte, theils die Erklärung sich fand, daß er bonorum possessor werden wolle (accipere s. agnoscere s. petere s. postulare s. admittere bonorum possessionem).

1492. Theoph. ad § 10. I. de bon. poss. (III. 9.) „Ἀλλὰ πάλαι μὲν ἐν ταῖς αἰτήσεσιν ἦσαν αἱ διακατοχαὶ, καὶ ἐπανάγκης ἦν ἀπιέναι εἰς τὸν πραίτωρα, καὶ ἰδικῶς λέγειν, δός μοι τήνδε τὴν διακατοχήν." [Vers. Reitz. Sed olim quidem in petitione consistebant bonorum possessiones, et necesse erat ad praetorem adire ac specialiter dicere: Da mihi illam bonorum possessionem.] c. 1. C. commun. de succ. (VI. 59.)

Ohne Rücksicht darauf, ob wirklich die angeführten Thatsachen wahr wären oder nicht, wenn nur die Bitte nach unserer Art zu reden „angebrachter Maßen" statthaft war, bemerkte der Prätor oder in den Provinzen der praeses provinciae unter das überreichte Gesuch (subscriptio libelli) das Datum der Eingabe und die Worte: do bonorum possessionem. Erst dann aber erhielt der Petent wirklich prätorisches Erbrecht, wenn die von ihm angeführten und die sonstigen Erforderniſſe bewiesen waren; ein Beweis, der im Falle etwas daran bestritten wurde, vom Petenten zu führen war. Konnte er diesen Beweis nicht führen, so wurde die B. P. als ihm gar nicht ertheilt angesehen, weßhalb er in diesem Falle nicht einmal eine B. P. sine re hatte. 1493. [fr. 42. § 2. D. de bonis libertor. (XXXVIII. 2.)] „Plane si contra eum, qui subiectus dicitur, fuerit iudicatum, data non intelligitur." Repudiare kann man die B. P. ohne jede Form; hat der Berufene die ihm zur Agnition gestattete Frist verstreichen lassen, so heißt dieß omittere bonorum possessionem. fr. 24. § 2. D. de minor. (4, 4.)

b) Bonorum possessio decretalis. — Leist, die B. P. II. 1. S. 309 ff. Schirmer a. a. O. S. 82 ff. v. Vangerow II. § 400. Gegen die herkömmliche Ansicht, daß überall da eine B. P. decretalis vorhanden sei, wo der Prätor erst caussa cognita pro tribunali eine solche ertheilt habe, hat sich schon früher Huschke (Richter's Jahrb. Jahrg. 1839. S. 27 ff.) ausgesprochen. Nach Leist (Glück's Comm. Bd. I. S. 264 ff.) besteht das Characteristische derselben nicht in der vorausgehenden caussae cognitio, sondern in ihrer von der edictalis wesentlich verschiedenen Function. Die Fälle der B. P. decretalis, in denen also die B. P. eine besondere, von der edictalis verschiedene, Function hat, sind nämlich

α) daß, wenn das definitive Schicksal der Erbschaft noch ungewiß ist, vorsorglich einstweilen durch die Ertheilung dieser B. P. ein Träger der Erbangelegenheiten geschaffen werde, also bonorum possessiones bei einem rechtlichen Erwerbshinderniß. (Leist a. a. O. Bd. II. S. 195.) Zu diesen gehören die B. P. ex edicto Carboniano, ventris nomine und furiosi nomine. Eben so

β) die Fälle, in denen irgend eins von den im Edict vorgeschriebenen Erforderniſſen nicht genau vorhanden war, wie z. B. wenn Personen die B. P. erbaten, welche zwar dem Geiste des Edictes, nicht aber dessen Worten nach zur B. P. gerufen waren [fr. 14. § 1. D. de B. P. c. t. (XXXVII. 4.) fr. 4. D. de coni. cum emanc. lib. (XXXVII. 8.) v. Löhr a. a. O. Bd. II. S. 440 ff. Leist a. a. O. Bd. II. 266.] oder in denen

γ) Jemand, der eigentlich noch keine B. P. agnosciren kann, dennoch dieselbe zum Schutze seines Erbrechts voraus erhält, z. B. fr. 1. § 1. D. ad SCum Tertull. (XXXVIII. 17.) und endlich

δ) wenn dem Erben des Erben noch die Erwerbung der Erbschaft gestattet wird, d. h. in den Fällen der s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis, wenn der eigentliche bonorum possessor vor der Agnition weggefallen ist, z. B. fr. 5. D. de B. P. c. t. (XXXVII. 4.) fr. 12. D. de Carbon. edict. (XXXVII. 10.) wird eine B. P. decretalis gegeben (v. Löhr a. a. O. Bd. II. S. 443 ff. Huschke in der angef. Rec. S. 32.).

Es wird diese immer ganz wie in frühester Zeit pro tribunali und erst nach vorgängiger caussae cognitio den darum Bittenden ertheilt.

1494. fr. 3. § 8. D. de B. P. (XXXVII. 1.) „Si caussa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque caussa cognita bonorum possessio alibi, quam pro tribunali dari potest.“

Außer dieser Eigenthümlichkeit unterscheidet sich diese B. P. decretalis von der edictalis nur noch dadurch, daß eben die erstgenannte durch das ertheilte Decret deferirt und zugleich auch acquirirt ist, so daß von einer Repudiation derselben nie die Rede sein kann.

1495. fr. 1. § 7. D. de success. edict. (XXXVIII. 9.) „Decretalis bonorum possessio an repudiari possit? videamus. Et quidem diebus finiri potest; sed repudiari eam non posse, verius est, quia nondum delata est, nisi quum fuerit decreta; rursum postea, quam decreta est, sera repudiatio est, quia quod acquisitum est, repudiari non potest.“

1496. Schol. Enantiophanis ad c. 29. Basil. 45, 2. (ed. Basil. von Heimbach IV. p. 516.) lautet nach Heimbachs Uebersetzung: „Neque enim omnes decreto et caussae cognitione opus habent. Quaedam enim sunt decretales, quaedam ordinariae sive edictales. — Ex his enim disci potest (sc. legibus citatis), decretales esse et magna caussae cognitione indigere eas, quae ius hereditatis non tribuunt, sed in possessionem mittunt, ut quae datur ventris nomine, et Carboniana, et quae furioso datur. Ordinariae autem sive edictales sunt, hoc est, ex edicto sive iure praetorio competentes, quae tribuunt ius hereditatis et non indigent caussae cognitione sive varia inquisitione. Denique non sunt in petitione, sed agnitione.“ — Gai. IV. 177.

2) Die Veränderungen seit Constantin. — Leist a. a. O. Bd. II. S. 308 ff. Ders., die B. P. II. 2. S. 128 ff. Schirmer a. a. O. S. 99. Ohne daß sich die Form der Ertheilung der B. P. decretalis im wesentlichen verändert hätte, kam durch die Verordnung von Constantius für die Erwerbung der edictalis folgende Vereinfachung des Verfahrens auf. Nach c. 9. C. qui admitti ad B. P. (VI. 9.) soll es, um die B. P. zu erwerben, keiner Bitte und keiner obrigkeitlichen Gewährung mehr bedürfen, sondern jede Erklärung, vor jeder Obrigkeit abgegeben, ganz dieselbe Wirkung haben, als ob der Prätor den libellus unterschrieben hätte. Justinian hat aber schließlich die Nothwendigkeit der agnitio beim Erwerbe der B. P. aufgehoben, so daß die B. P. nach Justinianischem Rechte ganz wie die hereditas durch bloße aditio oder pro herede gestio erworben werden kann. (Leist a. a. O. Bd. II. S. 322 ff.) — War in früherer Zeit die B. P. zu früh agnoscirt (intra alienas vices) d. h. so lange noch ein früher Gerufener sie agnosciren konnte, so hatte die Erklärung die B. P. haben zu wollen keine Wirkung, ein Satz, der erst durch c. 9. C. cit. aufgehoben wurde.

## § 177.

### 2) Vom successorium edictum*) und dem Verhältniß der bonorum possessio zur hereditas.

*) Hugo S. 605. 606. Schweppe § 474 a. Walter § 643. Glück, Intestaterbfolge. § 102—106. Leist, die B. P. I. S. 46 ff. Ders. in Glück's Comm. Bd. I. Ziff. 67—69. tit. D. de successorio edicto (XXXVIII. 9. tit. D. quis ordo in bonorum possessionibus servetur (XXXVIII. 15.).

1497. fr. 1. pr. D. de succ. ed. (XXXVIII. 9.) „Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint credi-

tores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncti."

1) Zeit, innerhalb welcher agnoscirt werden kann.

a) Berechnung derselben im allgemeinen. **1498**. fr. 2. § 1. D. quis ordo in B. P. (XXXVIII. 16.) „Dies bonorum possessionis utiles esse, palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid, si ea, quae caussae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones nobis erunt computandae, quibus sedit is, quibusque per ipsum praetorem factum non est, quo minus daret bonorum possessionem."

b) Bei Ascendenten und Descendenten. — fr. 1. § 12. D. de succ. edicto (XXXVIII. 9.). **1499**. Ulp. XXVIII. 10. „Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerant; ceteris intra centum dies." **1500**. fr. 4. § 1. D. quis ordo (XXXVIII. 15.) „Filius non solum si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus, vel tanquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet, sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annuum spatium habet."

c) Bei andern zur B. P. Berufenen. — Ulp. XXVIII. 10. fr. 1. § 8. D. de succ. edict. (XXXVIII. 9.)

2) Ordnung, in welcher succedirt wird. — **1501**. § 3. I. de bonor. possessionib. (III. 9.) „Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima, quae praeteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas; secunda, quae omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit, et primo loco suis heredibus, et iis, qui ex edicto praetoris inter suos connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur unde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat. Sunt autem decem personae hae: pater, mater; avus, avia, tam paterni, quam materni; item filius, filia, nepos, neptis tam ex filio, quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sunt, sive uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tum quem ex familia. Sexto patrono et patronae, liberisque eorum, et parentibus. Septimo viro et uxori. Octavo cognatis manumissoris. Das Nähere über alle diese Classen unten § 181.

3) Verhältniß der hereditas zur bonorum possessio. — Hugo a. a. O. S. 581. v. Löhr, Magaz. für Rechtsw. Bd. III. S. 304 ff. Fabricius a. a. O. S. 210. v. Vangerow a. a. O. Bd. II. S. 15. 16.

a) Rücksichtlich der Rangordnung. — Nach Hugo und v. Löhr umfaßte das prätorische Edict alle Fälle der directen Erbfolge, indem auch die civilrechtliche Erbfolge in den einzelnen Classen der B. P. aufgenommen war. Das Verhältniß des heres zum bonorum possessor wurde hiernach ganz einfach nach der Stellung regulirt, welche der eine oder andere in den Classen des Edicts einnahm. War hiernach der bonorum possessor in einer früheren Classe berufen, der heres aber erst in einer folgenden, so erhält der bonorum possessor den Nachlaß allein. Sind beide in derselben Classe gerufen, so theilen sie den Nachlaß, und war endlich der bonorum possessor in einer späteren Classe gerufen, als der heres, so schließt letzterer den ersteren aus. — Im allgemeinen, als äußerliche Regel, wird man das Verhältniß auf diese Weise annähernd richtig bezeichnen, ohne daß aber darin wirklich ein einheitliches Princip zu finden ist, weßhalb auch der von Fabricius aufgestellte Grundsatz, daß die B. P. regelmäßig der hereditas nachstehe, in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist. (Leist a. a. O. Bd. II. S. 94 ff.) Die Gründe, aus denen

sich die Stellung der einzelnen bonorum possessiones entwickelt haben, beruhen vielmehr auf verschiedenen Principien. Im practischen Resultate wird man Hugo's Regel gelten lassen können, nur daß man nach Gai. II. 119—121. bei der B. P. secundum tabulas diese Regel beschränken muß. Bis Hadrian war nämlich die B. P. secundum tabulas, die aus einem Testamente gegeben war, dem etwas an der civilrechtlichen Form fehlte, einem legitimus heres gegenüber sine re, obgleich dieser nach jener Ordnung der bonorum possessio erst in einer späteren Classe (unde legitimi) gerufen war.

b) Rücksichtlich der Wirkungen dieses Verhältnisses. — v. Löhr, Magaz. für Rechtsw. Bd. III. S. 281 ff. Francke, das Recht der Notherben S. 98 ff. Leist a. a. O. Bd. I. S. 343 ff. — Je nachdem aus einem der oben angeführten Gründe ein heres dem bonorum possessor die Erbschaft abstreiten kann oder nicht, ist die B. P. des letzteren sine re oder cum re. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß bei dem bonorum possessor sich wirklich alles vorfand, was ihn zur Agnition berechtigte, indem im entgegengesetzten Falle er überhaupt gar keine B. P. hatte, und es gerade so angesehen werden sollte, als ob sie ihm überhaupt nicht ertheilt worden sei, wie z. B. wenn ein Erbunfähiger sie agnoscirt hatte. [fr. 42. § 2. D. de bonis libert. (XXXVIII. 2.)] Es folgt hieraus für das ganze Verhältniß der B. P. cum re und sine re, daß derjenige, welcher eine B. P. cum re agnoscirt hatte, gegen den klagenden Erben sich durch Exceptionen schützte, durch eine exceptio doli oder die exceptio si non bonorum possessio cum re dari potest. [fr. 15. pr. D. de legat. praest. (XXXVII. 5.) fr. 15. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.)] Bei der B. P. sine re dagegen kann das stärkere Recht des heres nicht durch Exceptionen elidirt werden.

**1502**. Ulp. XXVIII. 13. „Bonorum possessio aut *cum* re datur, aut sine re: cum re, *si* is, qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, quum alius iure civili evincere hereditatem possit; veluti si suus heres intestati *sit*, bonorum possessio sine re *est*, quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo possit." — Gai. II. 119. 120. 148. III. 35—37. Ulp. XXIII. 6.

In beiden Fällen, sowohl bei der B. P. cum re als sine re, ist das Recht dessen, dem der Nachlaß evincirt wird, keineswegs durch diesen Umstand ein vollkommen nutzloses, denn die B. P. sine re hat immer doch die Wirkung, daß derjenige, dem sie ertheilt war, das Erbrecht einstweilen als rechtlich legitimirt besitzt. [Leist a. a. O. Bd. II. S. 194. fr. 15. D. de O. et A. (XLIV. 7.) fr. 11. pr. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.) — bei einer B. P. sine re für den durch den heres ausgeschlossenen bonorum possessor. fr. 12. pr. fr. 17. D. de iniusto, rupto (XXVIII. 3.).]

## § 178.

### 3) Rechtsmittel aus der agnoscirten bonorum possessio. *)

*) Schweppe § 472. Walter a. a. O. S. 694. v. Löhr, Magazin Bd. III. S. 255. v. Savigny, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 1 ff. Ders. a. a. O. Bd. VI. S. 239 ff. Francke, das Recht der Notherben. S. 97 ff. Fabricius, Ursprung und Entw. der B. P. S. 158 ff. 200 ff. Huschke, in Richters Jahrb. Jahrg. III. Heft 1. S. 19. 20. 26 ff. Leist a. a. O. Bd. I. S. 342 ff.

1) Interdictum quorum bonorum. — Das interdictum quorum bonorum ist die auf die corpora hereditaria gerichtete Realisirung der datio possessionis, und mit Erlangung des Besitzes ist die Sache erledigt. (Leist a. a. O. I. S. 404.) **1503**. Gai. IV. 144. „Adipiscendae possessionis caussa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est Quorum bonorum: eiusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id

ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. Pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat, se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine caussa aliquam rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur, adipisci rei possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei interdictum utile esse." — **1504.** fr. 1. pr. D. quorum bonorum (XLIII. 2.) „Ait praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas."

2) Fictitiae actiones. — **1505.** Gai. IV. 34. „Habemus adhuc alterius etiam generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit: cum enim praetorio iure sed non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum* esse, neque id quod defuncto de* bebatur potest intendere dare sibi oportere; itaque ficto se herede intendit veluti hoc modo: Iudex esto. Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si paret fundum de quo agitur ex *iure Quiritium eius esse oportere; vel si in* personam aga*tur, praeposita simili fictione intentio ita subiicitur: Tum si paret Numerium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere." — Leist a. a. O. Bd. I. S. 359 ff.

3) Hereditatis petitio possessoria. (Successionis vindicatio.) — fr. 1. D. de possessoria hereditatis petitione (V. 5.). — **1506.** fr. 2. D. eod. (V. 5.) Gai. libro VI. ad edictum provinc. „Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest." Leist, die B. P. II. 2. S. 16 ff. — Mühlenbruch, in der Forts. des Comment. Bd. XXXV. S. 353 ff. Nach Leist (Glück's Comm. Bd. II. S. 288 ff.) findet sich in der Zeit der classischen Juristen keine sichere Spur dieser Klage, da fr. 1. 2. D. h. t. (5, 5.) auch eine andere Auslegung zulassen. (Leist a. a. O. S. 291 ff.) Zur Zeit Diocletian's ist sie unzweifelhaft vorhanden und sie hat sich nach Leist (a. a. O. S. 305.) aus den actiones fictitiae, als Folge des Unterganges des ordo iudiciorum, gebildet, indem man den bonorum possessor als definitiven possessor, wie zu den erbrechtlichen Einzelklagen, so auch zur successionis vindicatio vor dem praeses zuließ. Seit diesem Aufkommen der successionis vindicatio ist die bonorum possessio sine re verschwunden, da jetzt der civile heres nicht mehr durch die datio der B. P. und das gegen ihn durchzusetzende interdictum quorum bonorum zu einem besiegbaren Beklagten gemacht wurde, und dann erst durch Anstellung der hereditatis petitio die bonorum possessio zur sine re vom heres gemacht werden konnte. Seit der Einführung der hereditatis petitio possessoria geht das Interdict nicht mehr gegen den wirklichen heres, sondern nur noch gegen den, qui pro herede oder pro possessore possidet. — Schirmer a. a. O. I. S. 100 ff. — Brinz, Pand. S. 705.

## Capitel II.

## Die einzelnen Arten der bonorum possessio.

### § 179.

### I. Bonorum possessio contra tabulas.*)

*) Hugo S. 584—587. 599 ff. Schweppe S. 812. 878. 879. Walter § 652.

v. Tigerström § 195. 196. Vering a. a. O. S. 594 ff. Rein S. 841 ff. Puchta III. § 319. Kuntze, Cursus I. § 835. 887. 904. v. Vangerow II. § 472. Francke, Recht der Notherben S. 121 ff. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comm. Bd. XXXVII. S. 3 ff. Leist, die B. P. Bd. II. 1. Cap. II. III. Ders. in Glück's Comm. Bd. II. S. 15 ff. Schmidt, das form. Recht der Notherben S. 86 ff.

Die gewöhnliche Ansicht über das eigentliche Wesen der B. P. c. t. geht dahin, daß durch dieselbe ein gültiges Testament aufgehoben, rescindirt oder außer practische Wirksamkeit gesetzt werde, indem, wenn auch nicht seinem ganzen Inhalte nach, doch das Testament durch denegare der actiones beseitigt werde. Hiergegen hat jetzt Leist (a. a. O. II. S. 21 ff.) folgende Ansicht aufgestellt: Die B. P. contra tabulas ist gegenüber dem testamentarischen Erben vom Prätor cum re erklärt worden. [fr. 5. § 1. D. de B. P. sec. tab. (37, 11.)] Das Testament ist durch diese B. P. c. t. nicht aufgehoben. Der Testamentserbe kann gültig antreten und seine Antretung hat die gewöhnlichen Consequenzen der Antretung, und eben so seine Ausschlagung. Der bonorum possessor steht bei dieser B. P. c. t. zum antretenden heres in einem ähnlichen Verhältnisse wie der Universalfideicommissar zum Fiduciar d. h. der bonorum possessor kann in Folge der datio der B. P. c. t. dem heres den Nachlaß avociren, so daß die Rechte der hereditas auf den bonorum possessor übergehen. Der heres bleibt heres, auch wenn ihm der bonorum possessor die commoda hereditatis, unter Uebernahme gewisser onera, abholt, so daß also das Testament eigentlich in seinem juristischen Bestande und Wirkungen auch vom Prätor anerkannt wird. Hieraus ergiebt sich: 1) daß die B. P. c. t. nur gegen ein solches Testament gegeben wird, aus dem ein civiler oder prätorischer Erbschaftserwerb möglich ist. [fr. 10. § 2. D. de leg. praest. (37, 5.)]; daher die Redensart, die B. P. c. t. gehe „contra lignum" d. h. contra tabulas (ligneas) sc. testamenti. [fr. 19. D. de B. P. c. t. (37, 4.)] — 2) Sie ist nata, wenn nur überhaupt tempore mortis testatoris ein solches Testament vorhanden war, es ist dann einerlei, ob hinterdrein die eingesetzten Erben die Erbschaft omittirt haben oder durch Tod oder qua alia ratione verhindert waren anzutreten. War daher mortis tempore kein Testamentserbe vorhanden, so ist die bonorum possessio contra tabulas nicht nata. [fr. 19. D. de B. P. c. t. (37, 4.)] — 3) Trotz der agnoscirten B. P. c. t. bleiben gültig: a) die Pupillarsubstitutionen und dem Pupillarsubstituten auferlegte Vermächtnisse [fr. 34. § 2. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6.)], denn die B. P. c. t. betrifft hier eine andere hereditas, als die, welche der contra tabulas bonorum possessor dem heres avocirt. Aber hierzu genügt nicht, daß die B. P. c. t. nata ist, sondern es muß auch das Testament des Vaters nicht nullum und nicht destitut sein. — b) Hinsichtlich der Legate und Fideicommisse bestimmte das edictum de legatis praestandis, daß nur diejenigen auszuzahlen seien, welche an coniunctae personae d. h. Eltern und Kinder des Erblassers gemacht sind, während der c. t. bonorum possessor sie an andere Personen nicht zu zahlen braucht [fr. 27. § 6. D. ad SCum Treb. (36, 1.)]. Obgleich hinsichtlich der coniunctae personae auch dasselbe Recht, das für sie rücksichtlich der Vermächtnisse galt, auch auf mortis caussa donationes und ihnen im Testamente zugewiesene Erbportionen angewendet wurde [fr. 3. pr. fr. 5. § 6. fr. 7. D. h. t. (37, 5.)], so sollten sie doch neben dem bonorum possessor contra tabulas nicht mehr als eine virilis portio erhalten, bei Vermächtnissen an coniunctae personae aber alle diese zusammen nur eine Virilportion [fr. 8. pr. D. de leg. praest. (37, 5.) Leist a. a. O. Bd. II. S. 49 ff.]. — Zu den coniunctae personae sollte aber auch Frau und Schwiegertochter des Erblassers hinsichtlich des legatum dotis gehören. — fr. 1. D. de legatis praest. (37, 5.) Ulp. — Francke a. a. O. § 13. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVII. S. 9 ff. Schmidt a. a. O. S. 126 ff.

I) Bonorum possessio contra tabulas ingenui.

**1507.** fr. 1. pr. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.) Ulp. „In contra tabulas bo-

norum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti, neque exheredati sunt." — **1508**. fr. 1. § 6. D. eod. (XXXVII. 4.) „Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor." — Francke a. a. O. S. 121. 122. Außerdem noch Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 317 ff.

1) Die berechtigten Personen. — Francke a. a. O. S. 123 ff. Mühlenbruch a. a. O. S. 55 ff. v. Vangerow § 472.

a) Aus eignem Rechte. — Gai. II. 135—137. Ulp. XXII. 23. — fr. 4. § 2. fr. 8. pr. fr. 14. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.) c. 4. C. de liber. praeter. (VI. 28.)

b) Aus dem Rechte eines Andern oder B. P. contra tabulas commisso per alium edicto. — Francke a. a. O. S. 137 ff. Leist, die B. P. II. 1. § 85. v. Vangerow II. § 472. N. I. 1. II. S. 243. — fr. 8. § 11—14. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.)

c) Nova clausula de coniungendis cum emancipato liberis eius (von Salvius Iunianus). — **1509**. fr. 1. pr. D. de coni. cum emanc. (XXXVII. 8.) „Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam ipse, reliquam liberi eius habeant, hisque dumtaxat sua bona conferat." — Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVII. S. 6. 57. v. Vangerow a. a. O. Bd. II. § 472. N. III. Leist, die B. P. II. 1. § 87.

d) Rücksichtlich der Collation. — **1510**. fr. 1. pr. D. de collat. bonor. (XXXVII. 6.) Ulp. „Hic titulus manifestam habet aequitatem. Quum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna." — fr. 3. § 3. D. eod. (XXXVII. 6.) — fr. 1. pr. D. de dotis collat. (XXXVII. 7.) — Francke, Civil. Abhandlungen. Gött. 1826. S. 178 ff. Fein, das Recht der Collation. S. 9—11. Windscheid, Pand. III. § 609. Not. 4.

2) Justinian's Bestimmungen. — c. 30. C. de inoff. testam. (III. 28.) v. J. 528. p. Chr. — c. 4. C. de liberis praeteritis (VI. 28.). — Schmidt a. a. O. S. 155 ff.

II) Bonorum possessio contra tabulas liberti und bonorum possessio contra suos non naturales dimidiae partis. (Da beide Institute nicht allein gleichzeitig zur Entstehung gekommen sind, sondern auch in ihrer ganzen geschichtlichen Entwickelung ein wechselseitiger Einfluß beider auf einander nicht zu verkennen ist, so mag dadurch die Stellung der letzteren Lehre an diesem Platze ihre Rechtfertigung finden. Gai. III. 41. Ulp. XXIX. 1.) Leist, die B. P. II. 2. § 122. — Schweppe § 513. Walter § 658. v. Tigerström § 196. Unterholzner, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 84 ff. Jetzt vorzüglich Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus und Parens Manumissor. 1868.

1) Die Zeit vor der lex Papia Poppaea. — Nach der Notiz, welche uns Gai. III. 40. giebt, hatte bis nach den XII Tafeln der Patron durchaus kein Recht darauf, im Testamente seines Freigelassenen nicht präterirt zu werden. Erst durch das prätorische Edict erhielt der Patron auf den Nachlaß seines Freigelassenen auch gegen das von Letzterem errichtete Testament eine B. P. contra tabulas und außerdem auch eine B. P. neben dem Intestaterbrechte der sui non naturales des libertus d. h. der filii adoptivi, der uxor in manu und der nurus in manu filii des Freigelassenen. (Gai. III. 41.) In beiden Fällen beträgt die dem Patron zustehende Quote die Hälfte des Nachlasses.

**1511**. Ulp. XXIX. 1. „Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit: ideoque sive testamento

facto decedat, licet suus heres ei non sit; seu intestato, et suus heres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor puta, quae in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat; sed ex edicto praetoris sive testamento [facto] libertus moriatur, ut aut nihil aut minus quam partem dimidiam bonorum patrono relinquat, contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio illi datur, nisi libertus aliquem ex naturalibus liberis successorem sibi relinquat; sive intestato decedat, et uxorem forte in manu vel adoptivum filium relinquat, aeque partis mediae bonorum possessio contra suos heredes patrono datur."

Da in früherer Zeit die freilassenden Herren an ihre Freilassung sehr lästige Bedingungen geknüpft hatten, die der Freizulassende in Hoffnung der Freiheit und um den Preis derselben zu seinem größten Nachtheile eingegangen hatte, so wurde durch den Prätor Rutilius dem Freigelassenen gegen Klagen aus dergleichen überlästigen Bedingungen eine exceptio (Rutiliana exceptio) gegeben. Mit dieser exceptio sollte der Freigelassene jede Klage seines Patrons aus derartigen onerandae libertatis caussa eingegangenen Verpflichtungen zurückweisen können, wenn sich der Freigelassene zu etwas Anderm verpflichtet habe, als zur Leistung von operae oder der admissio patroni in societatem dimidiae partis, im Falle der Freigelassene gegen das obsequium gefehlt habe. Schmidt a. a. O. S. 8—10. Indem nun die späteren Prätoren in gleicher Weise auf den Undank Rücksicht nahmen, der durch letztwilliges Verfügen oder nicht Verfügen gegen den Patron begangen wurde, kam der Patron zu dieser B. P. dimidiae partis in gleicher Weise, wie zur Hälfte des Vermögens seines Freigelassenen durch die societas, wenn dieser als Lebender sich undankbar betrug. — [fr. 1. 2. pr. § 1. D. de bonis libert. (XXXVIII. 2.) Ulp.] Zimmern, Rechtsgesch. Bd. I. S. 795. Unterholzner a. a. O. S. 95. Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 101 ff. — Nachdem durch einen späteren Prätor auch gegen die Societätsklage eine exceptio, die exceptio onerandae libertatis caussa gegeben und so jedes onerare libertatem verboten war [fr. 1. § 8. D. quarum rerum (44, 5.)], kam die bonorum possessio dimidiae partis contra tabulas liberti auf. Gai. III. 41. Ulp. XXIX. 1. — § 1. I. de succ. libert. (3, 7.)

2) Die Veränderungen der lex Papia Poppaea. — a) Rücksichtlich der männlichen Freigelassenen (libertorum). — Schmidt a. a. O. S. 14 ff. Jene einfachen Bestimmungen wurden durch die lex Papia Poppaea wesentlich verändert und erweitert.

α) Die bonorum possessio dimidiae partis contra tabulas liberti. — Während nämlich früher nur dem Patron und dessen Kindern männlichen Geschlechts, so weit sie ihre Agnationsrechte nicht verloren hatten, beide Arten der bonorum possessio, sowohl die contra tabulas, als die contra suos non naturales zustanden (Ulp. XXIX. 5. Schmidt a. a. O. S. 32 ff.), übertrug die lex Papia Poppaea dieses Recht auch auf die patrona und die weiblichen Kinder des patronus. Dabei war vorausgesetzt, daß Frauen, welche auf diese Weise Anspruch auf eine dieser bonorum possessiones machen wollten, das ius liberorum haben müßten. Für die freigeborene Patronin genügte es, wenn sie zwei Kinder hatte, die freigelassene dagegen, so wie die weiblichen Kinder des patronus mußten drei Kinder haben, um auf diese Rechte Anspruch machen zu können. (Ulp. XXIX. 5. 6.) Diese Rechte sämmtlich wurden aber durch eine capitis diminutio minima der Berechtigten keineswegs aufgehoben, da sie (Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 100 ff. Schmidt a. a. O. S. 35.) nicht auf der Ansicht beruhten, daß Patron und Freigelassener als ein agnatisches Geschwisterpaar angesehen werden, sondern vielmehr auf dem Grundsatze der natürlichen Dankbarkeit, die durch Testament oder Entziehung des Intestaterbrechts durch sui non naturales hintangesetzt ist. In gleicher Weise also, wie auch obsequium und reverentia gegen die patronatische Familie von der capitis diminutio unberührt bleiben, ist auch die cap. diminutio auf diesen Anspruch ohne Einfluß. — Unterholzner a. a. O. S. 89.

β) Die bonorum possessio virilis partis gegen den libertus centenarius. — Auch neben den leiblichen Kindern des Freigelassenen gab die lex Papia Poppaea dem Patron und der patrona ingenua, die drei Kinder hatte, dann einen Anspruch auf Kindestheil, wenn der verstorbene Freigelassene bei weniger als drei Kindern ein Vermögen von mindestens 100,000 Sestertien (libertus centenarius) hinterließ, wobei es gleichgültig war, ob der Freigelassene ohne Testament oder mit Hinterlassung eines solchen starb. Gai. III. 42. 50. § 2. I. de succ. libertor. (III. 7.) Höchst wahrscheinlich hatte diese Erweiterung auch die Kinder des Patrons und der patrona mit umfaßt, nur mußte wohl nach Gai. III. 53. die Tochter der patrona drei, der Sohn derselben mindestens ein Kind haben. (Unterholzner a. a. O. S. 104. 105.)

b) Rücksichtlich der weiblichen Freigelassenen. — Vor der lex Papia Poppaea war bei weiblichen Freigelassenen keine der oben angegebenen bonorum possessiones nothwendig, um dasselbe oder mehr zu erreichen, was der Patron einzig durch dieselben erlangen konnte. Starb nämlich die Freigelassene ohne Testament, so war der Patron, da sie sui heredes nicht haben konnte, ohnehin ihr nächster Intestaterbe. Verlor er durch eine capitis diminutio der Freigelassenen dieses Recht, wie z. B. durch eine arrogatio oder in manum conventio, so war auch dieser Verlust seines Intestaterbrechts, da er ohne seine auctoritatis interpositio unmöglich war, ein selbstgewollter und somit kein unbilliger. Eben so verhielt es sich aber vor der lex Papia mit der testamentarischen Succession, da die Freigelassene ohne diese Auctorität ihres Patrons als ihres tutor legitimus kein Testament errichten konnte, ja selbst um werthvollere Gegenstände durch Veräußerungen unter Lebenden den einstigen Nachlaß ohne Auctorität ihres Patrons nicht schmälern konnte. Unterholzner a. a. O. Bd. V. S. 105 ff. Schmidt a. a. O. S. 16 ff.

1512. Gai. I. 192. „Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur, eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna caussa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum caussa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.“ Gai. III. 43.

Als aber durch die lex Papia Poppaea der Satz aufkam, daß eine Freigelassene, welche das ius quatuor liberorum habe, von der legitima tutela des Patrons befreit sein solle, war eine unbillige Verletzung durch die Freigelassene möglich, aber zugleich auch Fürsorge gegen diese mögliche Unbilligkeit dadurch getragen, daß der Patron hier immer einen Kindestheil mit erhalte. Gai. III. 44. Ulp. XXIX. 3. — Die patrona einer Freigelassenen konnte nur durch ein Testament der Freigelassenen den Nachlaß derselben verlieren, da die patrona in anderm Falle immer die nächste Intestaterbin war. Erst durch die lex Papia Poppaea erhielt die Patronin, welche das ius liberorum hatte, in jenem Falle eine bonorum possessio contra tabulas. Gai. III. 52. — Unterholzner a. a. O. S. 107. 108.

3) Die Veränderungen der späteren Kaiserzeit. — Schmidt a. a. O. S. 24 ff. Durch die oben (Bd. II. S. 131.) angeführte Verordnung der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. waren theils die angeführten Arten der B. P. liberti, so weit sie der Patron neben Kindern oder Enkeln seines Freigelassenen hatte, verschwunden, theils aber auch in der oben (Bd. II. S. 132.) bemerkten Weise rücksichtlich der Erben des Patrons erweitert. Aus diesen Sätzen bildete Justinian ein von dem früheren Rechte wesentlich verschiedenes patronatisches Erbrecht, dessen Grundlage aber allerdings das prätorische Recht mit seinen freieren Bestimmungen ausmachte. (Unterholzner a. a. O. Bd. V. S. 110 ff. Schmidt a. a. O. S. 28 ff.) Nach § 3. I. de succ. libert. (III. 7.) und der restituirten

c. 4. C. de bonis libert. (VI. 4.) (Biener, Gesch. der Novellen Justin. S. 578 ff. v. Savigny in Hugo's civil. Mag. Bd. III. S. 290.) war seit Justinian's Bestimmungen das patronatische Erbrecht in folgender Weise bestimmt: 1) Beim libertus intestatus. — Hatte der libertus oder die liberta leibliche Kinder, so geht deren Intestaterbrecht ohne Rücksicht auf Gradesnähe oder Geschlecht, jeglichem patronatischen Erbrechte vor. Sind keine leiblichen Kinder des libertus oder der liberta vorhanden, so sind zunächst der patronus oder die patrona berufen, dann die leiblichen Kinder derselben und endlich die Seitenverwandten des Patrons oder der Patronin bis zum fünften Grade. Bei allen diesen Fällen tritt das Ueberwiegen der prätorischen Principien hervor, indem theils auf die Unterschiede von cognatischer und agnatischer Verwandtschaft keine Rücksicht genommen ist, theils aber auch die capitis diminutio minima ohne Einfluß bleibt und endlich auch die prätorische successio ordinum et graduum durchgängig eintritt. — 2) Beim Testamente eines libertus. — Hinterließ der Freigelassene weniger als 100 aurei, so ist dessen Testirfreiheit ganz unbeschränkt und selbst eine Präterition des Patrons zulässig. Hatte dagegen der Freigelassene so viel oder mehr hinterlassen und keine leiblichen Kinder, oder diese sämmtlich enterbt, so ist der patronus oder die patrona und ihre Descendenz bis zum fünften Grade, wenn sie ab intestato berufen sein würden, auf ein Drittheil der Erbschaft pflichttheilsberechtigt und machen ihr Recht durch B. P. contra tabulas geltend. — Schmidt a. a. O. S. 31. Ist ihnen dagegen nur etwas, nicht aber das volle Drittel zugewendet, so sollen sie nur auf Ergänzung des noch Fehlenden klagen dürfen.

III) Das Pflichttheilsrecht des parens manumissor. — Francke, das Recht der Notherben § 39. v. Löhr, Mag. III. S. 261 ff. Mayer, De hereditate parentis manumissoris. Tub. 1832. Francke, Spec. I—III. de manumissorum successione. Jen. 1834. 1835. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. 1868. S. 125 ff. — Arndts, im Rechtslex. V. S. 671. 676. 681.

Der manumissor einer in mancipii caussa stehenden Person konnte sein: der leibliche parens des Emancipirten (parens manumissor) oder ein Nicht-parens (extraneus manumissor). Durch ein prätorisches uns nur theilweis in fr. 1. § 1. D. si a parente quis (37, 12.) erhaltenes Edict wurde dem parens manumissor eine contra tabulas bonorum possessio gegen das den Pflichttheil verletzende Testament des manumissus gegeben. Der parens manumissor soll das Recht haben die Hälfte des Nachlasses des Emancipirten als Pflichttheil in Anspruch zu nehmen, jedoch dieses Recht nur dem Vater, dem väterlichen Großvater und dem Vater des väterlichen Großvaters zustehen (fr. 1. § 1. D. cit.). Hatte der Emancipirte aber eine turpis persona in seinem Testamente zum Erben ernannt, so sollte der Pflichttheil die ganze Erbschaft umfassen. (fr. 3. pr. D. eod.) Seit Justinian ist der persona honesta gegenüber der Pflichttheil auf ein Dritttheil herabgesetzt. § 3. I. de succ. lib. (3, 7.)

## § 180.

## II. Bonorum possessio secundum tabulas. *)

*) Hugo S. 587 ff. Schweppe § 466. Walter § 634. 683. v. Tigerström § 192. Puchta, Cursus III. § 318. Kuntze, Cursus I. § 820. Fabricius a. a. O. S. 106 ff. Leist, die B. P. I. S. 167 ff. bes. S. 199. 200. Ders. in Glück's Comm. Serie der Bücher 37 und 38. Bd. I. S. 434 ff. II. S. 110.

1) Die ältesten Bestimmungen über die B. P. secundum tabulas. — Cic. in Verr. I. 45. — **1513**. Gai. II. 119. „Praetor tamen, si septem signis testium

signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *hereditatem* pollicetur: [et] si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem; nam idem iuris est et si alia ex caussa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit." Id. II. 147—149. Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 5. 6. Leist, in Glück's Comm. Bd. I. S. 463 ff.

2) Die späteren Veränderungen unter den Kaisern. — a) Hadrians Bestimmung. — fr. 12. pr. D. de ini. rupt. test. (XXVIII. 3.) fr. 13. D. de doli mali exc. (XLIV. 4.) Fabricius a. a. O. S. 111 ff. Schirmer a. a. O. I. S. 97. (S. oben S. 149.) — b) Die Verordnung von Marcus Aurelius. — **1514.** Gai. II. 120. „Sed videamus, an [non] etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali." § 2. I. de testam ordin. (II. 10.) Schirmer a. a. O. I. S. 98. (S. oben S. 149.) — c) Die B. P. secundum nuncupationem. — c. 7. pr. C. Th. de testam. (IV. 4.) fr. 8. § 4. D. de B. P. sec. tab. (XXXVII. 11.) c. 2. C. eod. (VI. 11.) Leist, die B. P. I. § 31.

## III. Von der Bonorum possessio intestati.

### § 181.

#### 1) Succession in das Vermögen eines ingenuus. *)

*) Hugo S. 591 ff. Schweppe § 467. 468. v. Tigerström § 193. Walter § 643. Puchta III. § 317. Kuntze I. § 894. Glück, Intestaterbfolge. S. 338 ff.

In welcher geschichtlichen Reihenfolge die einzelnen Classen des prätorischen Intestaterbrechts entstanden sind, wird schwerlich mit voller Sicherheit zu bestimmen sein. Daß dieselben aber nicht in der hier dargestellten Scheidung von B. P. intestati ingenui und intestati liberti zur Entstehung gekommen sind, ist sicher. Die Trennung beider hat daher keine historische, sondern nur eine methodische Berechtigung.

Nach der Vollendung des prätorischen Intestaterbrechtssystems war dessen Ordnung folgende:

Die Grundlage bildeten die beiden Sätze, daß durch Emancipation kein materieller Nachtheil dem Emancipirten in seinem Erbrechte erwachsen solle und daß auch Cognation und Ehe eine Erbberechtigung gewähre, wenn weder wahre noch fingirte Civilerben sich vorfänden. Um diese Berechtigungen zu ordnen, waren vier Classen der Berechtigten gemacht, bei denen diese selbst durch das Wort „unde" bezeichnet werden d. h. ex ea parte edicti, unde etc. fr. 2. D. si tabul. testam. (XXXVIII. 6.) oder auch, wie bei einigen Classen der B. P. intestati liberti, durch das Wort „tum" nach den Anfangsworten der einzelnen Capitel des prätorischen Edicts, wie z. B. Ex illa parte edicti: tum quem ei heredem esse oportet. [fr. 227. D. de V. S. (L. 16.)] Erb, in Hugo's civ. Mag. Bd. V. S. 132. Not. *. Bei diesen vier Classen (gradus bonorum possessionis) konnte es vorkommen, daß eine und dieselbe Person in einer frühern und ebenfalls auch in einer späteren Classe wieder berufen war. In einem solchen Falle konnte der mehrfach Berufene, wenn er in einer früheren Classe versäumt hatte die angebotene B. P. zu agnosciren, immer noch in der späteren, aber freilich unter den in dieser Classe geltenden Bestimmungen, eine neue Agnition vornehmen, so z. B.

sui, emancipati und Cognaten in der dritten Classe, wobei dann nur die Nähe des Grades entscheidet. Die Classen bei Beerbung eines ingenuus sind aber diese:

1) Unde liberi. — In dieser Classe sind nicht allein alle wirklichen sui, d. h. Kinder in patria potestate und die uxor in manu mariti berufen, wenn sie im Augenblicke des Todes des Erblassers noch dessen Gewalt unterworfen waren, sondern auch die emancipati, welche dann als sui fingirt werden. [Gai. III. 26. fr. 1. § 2. D. quis ordo (XXXVIII. 15.)] Concurrirten hier nun emancipati mit suis, so erhielten erstere diese B. P. nur unter der Bedingung der Collation.

1515. Ulp. XXVIII. 4. „Emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerint, se collaturos."

Diese so allgemein ausgedrückte Regel war aber in zweifacher Weise beschränkt. Einmal, indem emancipirte Adoptivkinder diese B. P. nicht agnosciren konnten [Gai. II. 136. fr. 1. § 5—7. fr. 4. D. si tabulae test. (XXXVIII. 6.) § 11. I. de heredit. (III. 1.)] und dann, indem leibliche Kinder, die in Adoption gegeben waren, ebenfalls in der Classe unde liberi nicht zur Succession kommen sollten. (Ulp. XXVIII. 8.) Jedoch sollten solche in Adoption gegebene Kinder, wenn sie bei Lebzeiten ihres leiblichen Vaters von ihrem Adoptivvater wieder emancipirt waren, als emancipati ihres leiblichen Vaters behandelt werden. [Gai. II. 137. § 10. I. de heredit. (III. 1.)] — Von einer successio graduum kann bei dieser Classe natürlich nicht die Rede sein, weil sie bei suis ohnehin nicht vorkommt [fr. 1. § 8. D. de suis et legit. (XXXVIII. 16.)] und die Succession der emancipati wieder nur jener ersteren nachgebildet ist. [fr. 4. § 1. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.)] Glück a. a. O. S. 386—89.

Da unter den hier Berufenen die Nähe des Grades in derselben Linie den Vorzug gab, so wurden, wenn der Erblasser blos seinen Sohn emancipirt, die Enkel von demselben aber in seiner väterlichen Gewalt behalten hatte, die Civilintestaterben (die nepotes in patria potestate) von dem prätorischen Erben (filius emancipatus) ausgeschlossen. arg. fr. 1. § 1. fr. 4. § 1. fr. 6. § 1. D. de B. P. contr. tab. (XXXVII. 4.) Diese Unbilligkeit wurde unter Hadrian sowohl bei der B. P. contra tabulas als bei der unde liberi durch eine nova clausula im Edicte dahin abgeändert, daß der emancipirte Vater seine in des Großvaters Gewalt zurückgebliebenen Enkel, also die wahren sui des Großvaters, durch sein Dazwischentreten nicht mehr ausschließen sollte. Filius und nepotes sollten in diesem Falle zusammen zur Succession in den Nachlaß des Großvaters berufen sein und zwar so, daß der filius die eine Hälfte des Nachlasses, die Enkel aber die andere erhalten sollten. Diesen durch Julian in das edictum perpetuum aufgenommenen Satz nannte man das edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius. fr. 1. pr. § 1. fr. 3. D. de coniung. cum emanc. (XXXVII. 8.) — Ueber das Accrescenzrecht in diesem Falle vergl. fr. 1. § 12. D. eod. — Glück a. a. O. S. 354 ff.

2) Unde legitimi (sc. heredes). — In dieser Classe fanden sich alle Civilintestaterben in derselben Reihenfolge und nach denselben strengen Grundsätzen berufen, wie sie das Civilrecht berief, nur daß auch hier zur Zeit der classischen Juristen, wenn der suus die B. P. in dieser Classe nicht agnoscirt hatte, der proximus agnatus nach den Grundsätzen des successorium edictum agnosciren konnte. Freilich aber wurde, wenn der suus heres aus seinem Civilerbrechte die hereditatis petitio anstellt, die B. P. des agnatus proximus eine B. P. sine re. Leist a. a. O. Bd. I. S. 333 ff. Bd. II. S. 4. Ders., die B. P. Bd. I. S. XVI. Gai. III. 27. 34. fr. 2. § 4. fr. 3. D. unde legitimi. (XXXVIII. 7.) Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Gött. 1828. S. 172. 173. Glück a. a. O. S. 360 ff.

3) Unde cognati. — Leist, die B. P. II. 1. S. 12 ff. Hatte kein in den beiden

früheren Classen Gerufener die B. P. agnoscirt, so waren in dieser Classe alle berufen, welche leibliche oder blos juristische Cognaten des Verstorbenen waren, jedoch so, daß der dem Grade nach Nächste alle übrigen ausschloß. Dieses prätorische Erbrecht, dessen Spuren schon bei Cicero sich finden (Cic. pro Cluent. c. 60.), stand aber nur den Cognaten bis zum 6. Grade zu und aus dem siebenten nur dem ex sobrino sobrinaque natus natave. Goldschmidt, in Löhr's Magaz. Bd. III. S. 354 ff. dagegen aber Heidelberger Jahrbücher, Jahrg. 12. S. 764 ff. — Schrader, in Hugo's civ. Magaz. Bd. III. S. 162 ff. [§ 4. I. de succ. cognator. (III. 5.) fr. 1. § 3. D. unde cognati (XXXVIII. 8.)] Angeboten war demnach in dieser Classe die B. P. den suis zum drittenmal, den Agnaten, weil auch die blos juristischen, so lange der Agnationsnexus bestand, als Cognaten angesehen wurden, wie z. B. Arrogirte, die uxor in manu etc. zum zweitenmal und allen nicht agnatischen Blutsverwandten ohne Rücksicht auf eheliche oder uneheliche und vollbürtige oder halbbürtige Verwandtschaft zum erstenmale, so wie endlich denjenigen Agnatinnen, welche Voconiana ratione von der Civilintestaterbschaft ausgeschlossen waren. fr. 2. 4. 8. D. unde cogn. (XXVIII. 8.)

1516. Gai. III. 29. „Feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres, neque agnatus nullus erit.“ — „Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.“

Glück a. a. O. S. 364 ff.

4) Unde vir et uxor. — Leist, die B. P. II. 1. § 67. Während nach älterem Civilrechte die Frau nur durch eine Ehe mit in manum conventio (S. oben Bd. I. § 94.) ein Erbrecht gegen ihren Mann hatte, wurde durch das prätorische Edict Jedem der überlebenden Ehegatten dann ein prätorisches Erbrecht in den Nachlaß des verstorbenen gewährt, wenn niemand aus einer früheren Classe eine B. P. agnoscirt hatte. — fr. un. D. unde vir et uxor. (XXXVIII. 11.)

## § 182.

### 2) Succession in das Vermögen eines libertus intestatus. *)

*) Hugo S. 599 ff. Schweppe § 486—489 a. Walter a. a. O. S. 685 ff. v. Tigerström a. a. O. § 194. Huschke, Studien des Röm. Rechts. Bd. I. S. 59 ff. Ders. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 95 ff.

Zu welcher Zeit die prätorische Erbfolge in den Nachlaß eines Freigelassenen in der Weise vollendet war, in welcher wir die Berechtigten in sieben Classen eingetheilt finden, läßt sich ebenfalls schwerlich nur mit einiger Sicherheit bestimmen. Eher möchte sich über das Princip, nach welchem die Ordnung der Classen sich gebildet, ein Aufschluß finden lassen, dessen Grundzüge schon von Huschke (Studien S. 99 ff.) angedeutet sind. Schließt man nämlich die in der ersten Classe (Unde liberi) berufenen wirklichen und fingirten sui aus, bei denen in der Civil- so wie in der prätorischen Intestaterbfolge der Gedanke der Succession ganz in den Hintergrund tritt, so sind, mit Ausnahme der Classe Unde vir et uxor, im allgemeinen einmal das Princip der Civilintestaterbfolge d. h. des Zurückstrebens des Vermögens nach der Gattung, von welcher es ausgegangen ist, und dann der rein prätorische Grundsatz der cognatischen Berechtigung ersichtlich. Dabei ist rücksichtlich der Stellung und Unterordnung beider Principien zu einander das Verhältniß dieses: Zuerst kommt stets die Anerkennung des Civilrechts d. h. die Civilberechtigten (Unde legitimi) in der Ordnung des Civilrechts und mit den Eigenthümlichkeiten desselben, dann die prätorische Berechtigung durch Cognation (Unde cognati liberti). Für das Erbrecht der eben Genannten

ist der zu Grunde liegende Gedanke offenbar der, daß das Vermögen des Freigelassenen denen zufallen soll, welche es gehabt haben würden, wenn die Person des Freigelassenen sich nicht von ihrer Persönlichkeit losgetrennt hätte, oder welche — mit andern Worten — deßhalb weniger Vermögen hatten, weil durch die Existenz der Person des Erblassers mehr Personen vorhanden waren. Nach diesen beiden Classen der legitimi und cognati liberti sind diejenigen berufen, welche das Vermögen des Patrons ungeschmälert haben würden, wenn es nicht durch die Freilassung des defunctus libertus geschmälert worden wäre, also eben so gut der Patron selbst wieder, als die civilen und prätorischen Erben des Patrons. (Tanquam ex familia — Patronus patronave patroni patronaeve et parentes patroni — Unde cognati manumissoris.) Daß die Ordnung Unde vir et uxor der letzteren Gattung prätorischer Erben (Unde cognati manumissoris) vorgeht, ist offenbar eine Anomalie, die wohl mehr einer sittlichen Betrachtung ihre Entstehung verdankt, als der von Huschke (Studien S. 100) angegebenen Rechtfertigung, daß die Classe der Cognaten des Manumissors dem Ehegatten deßhalb nicht vorgezogen zu werden verdient hätte, weil sie erstens sich nicht auf das Recht und eine Aufopferung, wodurch die Ehe erst möglich geworden, berufen konnten und zweitens auch nicht in einem unmittelbaren Verhältnisse zu dem Freigelassenen standen, welches mit dem Ehegatten allerdings der Fall war.

Die sieben Classen der bonorum possessio liberti intestati waren vor den § 179. erwähnten Umgestaltungen Justinian's im Intestaterbrechte der Freigelassenen nach Ulp. XXVIII. 7. Coll. legg. Mos. XVI. c. 8. 9. — § 3. 4. 5. I. de bon. poss. (III. 9.) Theoph. ad h. l. folgende:

1) Unde liberi. — In dieser Classe standen alle dieselben Personen, welche beim ingenuus intestatus (§ 181.) hier gerufen waren. Eigenthümlich ist hierbei nur der Einfluß der § 179. erwähnten B. P. adversus suos non naturales, indem der Patron neben allen suis, welche nicht durch Geburt sui des Erblassers waren, in Folge jener B. P. ein Recht auf die Hälfte des Nachlasses hatte, d. h. neben dessen Adoptivkindern, der uxor in manu und der nurus in manu filii. — Gai. III. 41.

2) Unde legitimi d. h. alle, welche den Freigelassenen auch nach den Vorschriften des Civilrechts beerben würden, also

a) beim libertus die sui, bei der liberta deren Kinder und die nach dem SCum Orphitianum Berufenen,

b) der patronus und die patrona, so wie deren Kinder, so weit diese Anspruch auf die Patronatsrechte haben, endlich

c) die gentiles des Patrons.

Auch das prätorische Erbrecht der hier Gerufenen ging in dieser Classe verloren, wenn der Freigelassene, oder der Patronatsberechtigte eine capitis diminutio erlitten hatte, da das ganze civile Erbrecht des Patrons auf einem quasi-agnatischen Verhältnisse zum Freigelassenen beruht. Da nun aber in dieser Classe lediglich die Civilerben gerufen sind, so versteht sich von selbst, daß jede capitis diminutio das Recht in dieser Classe zu succediren vernichten muß. Gai. III. 51. Ulp. XXVII. 5. fr. 1. 2. § 1. D. unde legit. (XXXVIII. 7.) fr. 42. pr. D. de bonis libert. (XXXVIII. 2.) (Huschke, Studien S. 122 ff. Ders. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 96 ff. Unterholzner, Ztschr. für gesch. Rtsw. Bd. V. S. 48 ff.)

d) Der extraneus manumissor e mancipio. — War der Freigelassene ein aus dem mancipium von einem extraneus Manumittirter, so gingen hier die 10 nächsten Cognaten des Manumittirten, die s. g. decem personae d. h. die Cognaten des ersten und zweiten Grades, dem Patron vor [decem personae, quae extraneo manumissori praeferuntur], also: pater, mater; avus, avia, tam paterni, quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sunt, sive uterini. **1517.** § 3. I. de B. P. (III. 9.). Zu den Worten der citirten

Institutionenstelle: „Tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat“ hat die Turiner Institutionenglosse N. 319. folgende Bemerkung: „. . Iste ergo manumissor, quotiens hae decem personae non inveniebantur, vocabatur ad bonorum possessionem. Bene autem dixit „extraneo manumissori“, nam si una ex his personis fuisset, quae eum quodammodo emerat et manumiserat, VIIII reliquis praeponebatur.“ — Krüger, Zeitschr. für R. G. VII. S. 72. Aus diesem eigenthümlichen Vorzuge dieser Personen bei Beerbung eines in mancipii caussa Befindlichen erklärt sich der Umstand, daß nach der Darstellung der B. P. intestati liberti in § 3. I. cit. die nächstfolgenden Classen immer der Zahl nach um eine von der hier gegebenen Ordnung differiren, also z. B. die Classe unde cognati in der Institutionenstelle als quartus locus, tanquam ex familia als quintus und so fort angegeben sind.

3) Unde cognati. — Die nach der Freilassung geborenen blutsverwandten Descendenten des Verstorbenen; da die während der Sclaverei entstandene Cognation (servilis cognatio) rechtlich nicht anerkannt war. Ulp. XII. 3. — § 10. I. de gradib. cognat. (III. 6.) Dieser allgemeine Satz wurde erst durch Justinian für die vor der Freilassung geborenen Descendenten des Freigelassenen aufgehoben. § 10. I. cit.

4) Tanquam ex familia. (Ex coni. Cuiac. Tum quem ex familia.) — Nach Ulp. XXVIII. 7. Coll. legg. Mos. XVI. 9. Theoph. ad § 3. I. de succ. libert. (III. 7.) sind hier wieder berufen die Agnaten des Patrons und die Kinder desselben, so wie, obgleich dieß nicht ausdrücklich erwähnt ist, auch der Patron selbst wieder. Nach dem oben erwähnten Principe, daß hier diejenigen Personen erben würden, denen das Vermögen des Patrons ungeschmälert zugefallen sein würde, muß dann, wie schon Huschke (Studien S. 104) angegeben hat, die Reihenfolge der Berechtigten in dieser Classe folgende gewesen sein: Patronus, patrona; dann liberi patroni und uxor, quae fuit in manu patroni; endlich agnati proximi patroni, patronae. Ob nach allen diesen die gentiles patroni zur Succession in dieser Classe gerufen waren oder nicht, läßt sich durch ausdrückliche Quellenzeugnisse nicht nachweisen. Nimmt man aber den genannten Grundsatz als richtig an, so mußten consequenter Weise auch die Gentilen als in dieser Classe berufen angesehen werden. Faßt man den Umfang der in dieser Classe Berufenen auf diese Weise auf, so erklärt sich auch der Name „Tanquam ex familia“ mit Huschke (a. a. O. S. 105) sehr einfach. Es ist dann dieses tanquam ex familia nichts anderes, als der Anfang der Edictsstelle, die dann nach Huschke's Conjectur ungefähr so gelautet haben möchte: Tanquam ex familia patroni patronaeve is, de cuius bonorum possessione agitur, non exisset, cui ex ea familia eorum bonorum possessio ex edicto meo competeret.

5) Patronus patronaque item liberi vel parentes patroni patronaeve. — Welche Personen in dieser fünften Classe berufen sind, ist sehr bestritten, da die Stellen, aus denen man ein Successionsrecht für bestimmte Personen herleitet, ohne Emendation sich durchaus nicht vereinigen lassen. Was unsere Quellen hierüber sagen, ist folgendes:

**1518.** Ulp. XXVIII. 7. „*quinto* patrono, patronae, item liberis *parentibusve* patroni patronaeve.“

**1519.** Coll. legg. Mos. et Rom. XVI. 9, 1. (Ulp.) „Post familiam patroni vocat praetor patronum et patronam; item liberos, et parentes patroni, patronae.“

**1520.** § 3. I. de B. P. (III. 9.) Quinto (sc. gradu) tanquam ex familia. Sexto patrono patronaeque liberisque eorum et parentibus. — § 5. (Hier ist die B. P. contr. tab. und B. P. sec. tab. mitgezählt.) „Quumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio tamquam ex familia, et octavo unde patroni patronaeque et parentes eorum.“

**1521.** Theoph. ad § 3. I. cit. Vers. Reitz. „Sextam excogitavit quam et patrono patronaeque dedit, et eorum ascendentibus et descendentibus, quam vocavit Unde liberi patroni et patronae et parentes eorum. Namque si libertus decesserit,

ac deinde patroni patronaeque, vel liberi eorum, noluerint venire ex bonorum possessione Unde legitimi, sed et tempus bonorum possessionis praeterierit (quaelibet enim bonorum possessio certo circumclusa est tempore, ut pergentes docebimus) neque bonorum possessionem Tamquam ex familia petierint, possunt ex praesenti bonorum possessione venire, aut ipsi patroni, aut iis non extantibus liberi eorum, vel parentes patronorum ac patronarum."

Diese in der vorliegenden Form unvereinbaren Stellen haben drei verschiedene Erklärungen dieser Classe hervorgerufen, deren ausführlicher Kritik sich Huschke (Studien S. 58 ff.) unterzogen hat.

Göschen (in Hugo's civ. Mag. Bd. IV. S. 299 ff. ält. Ausg.) faßt, nachdem er die Unzuverlässigkeit der Notiz in den Institutionen und bei Theophilus nachgewiesen, nach Anleitung der Hauptstelle (Coll. legg. Mos. XVI. 9, 1.), diese Classe so auf, daß 1) patronus et patrona patroni et patronae (der Patron des Patrons — zweiter Patron), 2) liberi patroni et patronae, die Kinder des ersten Patrons, 3) parentes patroni et patronae, Vater und Mutter des ersten Patrons, berufen wären. Die dritte Classe der parentes patroni soll sich aber nicht auf einen aus der Sclaverei Freigelassenen, sondern auf einen ex caussa mancipii Entlassenen beziehen. Gegen diese Ansicht hat sich gewiß mit Recht Huschke deßhalb erklärt, weil dadurch nicht allein die vierte und fünfte Classe auf eine völlig unbegreifliche Weise zerrissen würden, indem der Vater des Patrons in der vierten Classe, die Kinder desselben aber in der fünften berufen sein würden, sondern auch deßhalb, weil die Ausdrucksweise Ulpians „der Patron, die Eltern und Kinder des Patrons" unmöglich so bestimmt hätte sein können, wenn er zuerst den patronus libertus und dann mit derselben Bezeichnung den patronus emancipatus hätte andeuten wollen.

Unterholzner (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. V. S. 62 ff.) hält sich dagegen gerade umgekehrt an die Worte der Institutionen und des Theophilus und behauptet, daß in dieser fünften Classe der Patron und die Patronin des libertus defunctus und die Kinder und Eltern dieser Patrone berufen seien. Es habe diese abermalige Berufung schon in früheren Classen Berufener besonders für den Fall eine unverkennbare Wichtigkeit gehabt, wenn der Patron oder die Patronin capite diminuirt gewesen wären, und man habe dann nur aus Billigkeitsrücksichten einige besonders bevorzugte Cognaten, nämlich die cognatischen Descendenten, mit in diese fünfte Classe heraufgenommen. — Wie mißlich es mit dem Berufen auf die Auctorität der Institutionen und des Theophilus steht, hat Huschke (a. a. O. S. 90. 91) wohl genügend nachgewiesen, und es ergiebt sich dieses auch noch zum Ueberflusse aus dem § 5. I. eod. (III. 9.) offen ausgesprochenen Geständnisse der Verfasser der Institutionen, daß in Beziehung auf diese Classe eine scrupulositas und ein inextricabilis error sich bei den Zeitgenossen gefunden habe. Aber auch der innere Zusammenhang wird durch die Art, wie Unterholzner die hier Berufenen zusammenstellt, wesentlich zerrissen. Eines Theils muß er nämlich, um für seine Ansicht eine innere Nothwendigkeit zu finden, den patronus patroni schon in der vierten Classe als berufen gelten lassen, wodurch dann die Bezeichnung „familia" auch die Patrone mit umfassen würde. Anderes Theils hätte, wie Huschke sehr treffend bemerkt hat, der Prätor neben den Personen, welche er eigentlich berufen wollte, noch ganz andere aufgeführt, welche er nicht die Absicht hat zunächst zu berufen. Diejenigen nämlich, welche vorzugsweise hier berechtigt wären, da die capitis diminutio der Berechtigung in der vierten Classe nach Unterholzners Behauptung keinen Eintrag thut, würden die Kinder der patrona, die Mutter und mütterlichen Ascendenten des patronus und der patrona sein. Also die übrigen Personen, wie der Patron und die Patronin, die Kinder des Patrons ꝛc. wären sämmtlich mit namentlich aufgeführt, ohne die Absicht, sie mehr als zufällig auch hier wieder zu berechtigen.

Alle diese Unwahrscheinlichkeiten und Schwierigkeiten lösen sich höchst einfach, wenn man

mit Huschke (a. a. O. S. 67 ff.) die oben angeführte Stelle Ulpian's in Einklang mit der Coll. legg. Mos. dadurch bringt, daß man das Wort „parentibusve" als dort ausgefallen betrachtet. Eine Auslassung der Art ist aber durch die Lesart der Vaticanischen Handschrift „item liberosve" fast mit Nothwendigkeit anzunehmen. In dieser fünften Classe wurde dann aus einem ganz neuen Grunde, aus dem Patronatsrecht über den Patron, geerbt und zwar erbten hier natürlich eben so wohl die Patronatsberechtigten eines ex servitute manumissus (patronus patronave) als die Patronatsberechtigten eines e mancipio manumissus (parentes). Hiernach succedirten in dieser Classe

a) beim Tode eines von einem ex servitute manumissus Freigelassenen der patronus patronave patroni und die patronatsberechtigten Kinder derselben;

b) beim Tode eines von einem e mancipio manumissus Freigelassenen die parentes manumissores, weil eben nur der parens manumissor, nicht auch dessen Kinder oder der extraneus manumissor patronatsberechtigt sind. (Huschke a. a. O. S. 83 ff.)

6) Unde vir et uxor d. h. der überlebende Ehegatte des Freigelassenen. [§ 3. I. de B. P. (III. 9.) Ulp. XXVIII. 7.]

7) Cognati manumissoris [Coll. legg. Mos. XVI. 9. § 1. — § 3. 5. I. de B. P. (III. 9.) Theoph. ad § 3. I. cit.] d. h. die Blutsverwandten des Patrons und zwar bis zu demselben Grade, bis zu welchem die Cognaten bei der B. P. eines ingenuus gerufen sind, was Ulpian so ausdrückt, daß hier nur die Cognaten berufen seien, denen nach der lex Furia gestattet gewesen sei, mehr als 1000 asses von Todeswegen zu nehmen.

**1522.** Ulp. XXVIII. 7. „... septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus *quam* mille asses capere licet."

Durch die Fragm. Vat. § 301. („Sic et lex Furia scripta est; eo amplius quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.") wissen wir aber, daß dieses die Cognaten bis zum sechsten Grade und aus dem siebenten der sobrino sobrinave natus et nata sind. — Huschke, Studien S. 114 ff.

## § 183.

## Die Succession in die sacra. *)

*) Walter II. § 671. v. Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. II. S. 362 ff. Ders. Verm. Schriften I. S. 153 ff. Heimbach, De sacrorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate. Jen. 1827. Leist, die B. P. I. S. 10 ff. S. 41 ff. Ders. in Glück's Comment. Bd. I. S. 173 ff.

Wahrscheinlich schon in den XII Tafeln fand sich der Satz für die sacra, ut conserventur semper. (Cic. de legg. II. 19.) Sie waren zunächst und am natürlichsten mit der hereditas verbunden, so daß sie zunächst von den Civilerben zu erfüllen waren. [1]) Durch das Edict der pontifices wurde, um den Untergang der sacra privata eines Verstorbenen zu verhüten, ein neues Princip über die Prästationspflicht der sacra aufgestellt; [2]) es soll die

[1]) **1523.** Cic. de legg. II. 19. „De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hoc uno posito, haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. — — Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. Heredum caussa iustissima est. Nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigraverit, propius accedat."

[2]) **1524.** Cic. de legg. II. 21. „Nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt."

Haftung für Leistung mit der pecunia des Verstorbenen verbunden sein (sacra cum pecunia coniuncta sunt), ohne Rücksicht darauf, ob, je nach Verschiedenheit des Falles, diese pecunia den Erben zufiel oder andern Nichterben.

I) Das ältere Edict der pontifices über die Präſtation der sacra[3]) (Coruncaniſches Edict).

Nach dieſem traf die Präſtationspflicht der sacra des Verſtorbenen:

1) die heredes; wenn aber kein heres da iſt,

2) den, qui maiorem partem pecuniae capiat, wo bei dem Worte „capiat" usu hinzuzudenken iſt, alſo: der, welcher maiorem partem pecuniae uſucapirte.[4]) Er haftet alſo nicht mehr, wie früher, weil er durch pro herede usucapio auch einer pars minor als Erbe gehaftet haben würde, ſondern nur wenn er maiorem partem pecuniae uſucapirt hatte.

3) Si maior pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit. Iſt ein ſolches Legat vorhanden und der Legatar hat dieß genommen, ſo iſt er neben dem Erben zur Präſtation der sacra verpflichtet.[5])

II) Das neuere Pontificaledict über die Präſtation der sacra.[6]) (Das Scävola'ſche Edict.) Cic. de legg. II. 19.

Nach dieſem neueren Edict haben ſich die Claſſen der zur Präſtation der sacra Verpflichteten folgendermaßen umgeſtaltet:

1) wieder zuerſt die heredes; auch hier heißt es: heredum caussa iustissima est.

2) Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat, quantum omnes heredes, d. h. neben den Erben auch diejenigen, die durch mortis caussa donatio oder durch Legat ſo viel erwerben, als allen Erben zuſammen übrig bleibt, mit Rückſicht auf die lex Voconia. (§ 166.) Cic. in Verr. I. 43.

3) Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint quum moritur, usuceperit plurimum possidendo. D. h. iſt ein heres da, ſo ſchließt dieſer den jetzt nur einzelne Sachen, nicht mehr das Erbrecht uſucapirenden pro herede Beſitzer aus, der Erbe haftet in solidum. Erſt wenn kein heres da iſt, kommt dieſer nur die einzelnen res hereditariae zum größten Theil beſitzende pro herede-Uſucapient zur Haftung für die sacra.[7])

4) Quarto si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius qui plurimum servet d. h. derjenige Gläubiger des Verſtorbenen, der bei einem Concurſe über das Vermögen des Verſtorbenen das Meiſte rettet. Nach Savigny[8]) derjenige Käufer der überſchuldeten Erbſchaft, der beim alten Concursverfahren (bonorum venditio) die höchſten Procente geboten hatte und ſo Univerſalſucceſſor geworden war. Savigny ſtreicht deßhalb das „de" im Texte und lieſt: Quarto, qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, creditoribus eius plurimum servet.

5) Extrema illa persona est, ut, si qui ei qui mortuus sit pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit d. h. die Schuldner des Verſtorbenen, welche, weil kein Erbe, kein bonorum possessor, kein pro herede-Uſucapient oder bonorum emptor da war und alſo die Erbſchaft herrenloſes Gut wurde, von ihren Schulden frei wurden.[9])

---

3) Ueber das Alter dieſer Pontificaledicte vergl. Leiſt, in Glück's Comm. Bd. I. S. 177.
4) Leiſt a. a. O. I. S. 177 ff.
5) v. Savigny, Verm. Schriften I. S. 157. Leiſt a. a. O. Bd. I. S. 181. 182.
6) Leiſt a. a. O. Bd. I. S. 182 ff.
7) Leiſt a. a. O. Bd. I. S. 183. 184. Heimbach l. c. p. 27.
8) Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. II. S. 375—377. Derſ. Verm. Schr. I. S. 166 ff.
9) v. Savigny, Verm. Schr. I. S. 170 ff.

## Titel III.

## Von den erblosen Gütern.

### § 184.

### 1) Bona vacantia. *)

*) Hugo S. 270. 271. 760. 982. Schweppe § 520. Walter § 332. 649. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Bd. X. S. 89—94. Blume, Rhein. Mus. IV. S. 212 ff. v. Buchholtz, Jur. Abh. N. 4. S. 106 ff. Vering, Erbr. S. 567 ff. v. Rummel, das Recht des Fiscus zu den bona vacantia. Dorpat 1840. Keller, Institt. S. 275—285. Pernice, M. Ant. Labeo. Bd. I. 347 ff. v. Rummel, das Verhältniß des Fiscus zu den bona vacantia. Dorpat 1840. C. A. Schmidt, De successione fisci in bona vacantia. Jen. 1836. p. 5—13. 23. Heimbach, im Rechtslexicon v. Erbloses Gut. Bd. III. S. 939 ff. Schneider, das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht ꝛc. Berl. 1837. S. 152 ff. Huschke, in Richter's Jahrb. Jahrg. 1838. S. 320. 321.

Vacant waren in ältester Zeit die bona jedesmal, wenn kein Civilerbe vorhanden war, der die Erbschaft angetreten hatte. Seit dem Aufkommen der bonorum possessio wurde aber dieser Satz natürlich dahin beschränkt, daß auch die Agnition eines bonorum possessor die bona nicht vacant werden ließ. **1525.** [Ulp. XXVIII. 7. — „et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria."] v. Schröter a. a. O. S. 90.

Durch die lex Iulia et Papia Poppaea aus den Jahren 757 und 762 u. c. wurden diese Grundsätze wesentlich verändert, indem durch dieselbe die bona vacantia der willkürlichen Occupation entzogen und dem aerarium zugewiesen wurden. Ulp. XXVIII. 7. — fr. 96. § 5. D. de legat. I. (XXX.) Ehe noch die Wissenschaft die weitere Ausbildung dieses Rechts des aerarii übernahm, war dasselbe auf den kaiserlichen Fiscus übergegangen, weßhalb auch die Mehrzahl unserer Quellen nur von dem Rechte des Fiscus zu sprechen brauchte. Diese neue Succession des Fiscus rechnete man zu den Successionsarten per universitatem, so daß sie ihren alten Character der Occupation einzelner res hereditariae gänzlich verlor. fr. 20. § 7. D. de H. P. (V. 3.) v. Schröter a. a. O. S. 100 ff. Schmidt l. c. p. 47 ss. v. Vangerow II. § 564. — Anfänglich fielen dem Fiscus diese bona vacantia immer ohne Rücksicht auf die Solvenz oder Insolvenz derselben ipso iure d. h. von Rechtswegen an, ohne eine besondere Erklärung, daß er antreten wolle; er konnte sie ohne weiteres einziehen und vindiciren [fr. 50. pr. D. de man. testam. (40, 4.)], aber freilich auch liegen lassen. Hatte er sie aber eingezogen, so ist er nach Labeo eben auch, wie ein Erbe, schuldig die Schulden voll zu bezahlen und die Vermächtnisse zu erfüllen. [fr. 96. § 1. fr. 114. § 2. D. de leg. I. (30.) fr. 2. § 1. D. de alim. leg. (34, 1.)] Im fiscalischen Interesse bestimmte das Edict hiergegen, daß im Falle der Insolvenz des Nachlasses der Concurs über denselben nur von der materiellen Insolvenz, nicht aber von einer vorausgegangenen Repudiation des Fiscus abhängen solle.

**1526.** fr. 1. § 1. D. iure fisci. (XLIX. 14.) Callistrat. „An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit, etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneant, si ex his fisco acquiri nihil possit."

Man rechtfertigte dieß durch folgenden Gedankengang: **1527.** fr. 11. D. de iure fisci (49, 14.) Iavol. „Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus

superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest.“ so daß hiernach wirklich nur der Ueberschuß nach Abzug der Schulden, also diese nicht, an den Fiscus fallen. — Pernice a. a. O. I. S. 349.

Von dem Moment der nuntiatio der bona vacantia an den Fiscus verjährt dessen Vindicationsrecht der bona in 4 Jahren, vorausgesetzt, daß kein civiler oder prätorischer Erbe vorhanden ist. fr. 1. § 2. D. de I. F. (49, 14.)

Allmählich wurde nun durch die Kaiser auch das Verfahren geregelt, durch welches die bona vacantia dem Fiscus erworben werden sollten. Waren nämlich bona als vacantia dem Fiscus nuntiirt, so sollten sie incorporirt werden. Die Formalitäten bei dieser incorporatio waren zu verschiedenen Zeiten verschieden. Constantin verordnete schon, daß, wenn bona als vacantia angezeigt wären, die rationales ausführliche Verzeichnisse (breves plenissimi) der vacanten Güter an den comes rerum privatarum einsenden sollten, der dann über deren Antretung entscheiden möge. c. 2. C. Th. de bon. vacant. (X. 8.) v. J. 319 p. Chr. v. Schröter a. a. O. S. 112. 114. — Im J. 369 p. Chr. wird durch die Kaiser Valentinian, Valens und Gratian in zwei Constitutionen [c. 1. C. Th. de incorporat. (X. 9.) c. 11. C. Th. de petitionib. (X. 10.)] die incorporatio näher dahin bestimmt, daß das ganze Incorporationsverfahren durch die rationales in den Provinzen vorgenommen werden solle — die nach c. 11. C. Th. cit. durch besonders zu diesem Zwecke Beauftragte ersetzt wurden — indem diese sich über die Person des Verstorbenen und die möglichen Prätendenten des Nachlasses genau instruirten, dann die bona occupirten, bei den praediis in dem Nachlasse den kaiserlichen Namen anschlugen (titulos proponerent), die übrigen Güter aber genau verzeichneten und dann Meldung an den Kaiser machten, damit dieser sich über Annahme oder Ausschlagung derselben erkläre. Unter Theodosius II. und Valentinian III. wurde auch dieses Verfahren durch die c. 5. C. Th. de bonis vacant. (X. 8.) aus dem J. 435 p. Chr. von neuem abgeändert. Es sollen nämlich besonders beeidigte palatini, nämlich die Officialen des comes rerum privatarum (auch exsecutores) in dieser Stelle genannt) an den Proconsul abgesendet werden, der dann mit Beihülfe derselben und in Gegenwart des patronus fisci zu untersuchen hat, wessen bona vacantia geworden sind und worin dieselben bestehen. Die weitere Cognition ist dann dem Proconsul vorbehalten, an den sich auch die zu halten haben, welche Einspruch gegen die Incorporation erheben wollen (data reclamandi copia). Ist dieses Alles beseitigt, so sendet der Proconsul Bericht, nebst den über die Sache vorliegenden Acten und einem Verzeichnisse der bona vacantia, an den Kaiser ein, der dann zu verfügen hat, ob die bona incorporirt werden sollen oder nicht. Gothofr. ad c. 5. C. Th. cit. v. Schröter a. a. O. S. 115 ff. Schmidt l. c. p. 35 ss. — Die eben angegebene Art und Weise der Incorporation ist im wesentlichen auch noch im Justinianeischen Rechte die nämliche geblieben, wie die fast wörtlich gleiche Aufnahme der c. 5. C. Th. cit. in dem Justinianeischen Codex bezeugt. c. 5. C. de bonis vacant. (X. 10.)

Schon unter Marcus Aurelius wurde bestimmt, daß, wenn in einem Testament oder in Codicillen Sclaven die Freilassung zugewendet war, aber weder ein testamentarischer noch ein Intestaterbe sich für den Nachlaß fand und auch der Fiscus — der sonst die Freilassungen hätte vornehmen müssen — diese bona vacantia nicht agnoscirte, diesen Sclaven, damit die verordneten Freilassungen aufrecht erhalten würden, jene bona durch den Magistrat addicirt werden sollten. (Bonorum addictio libertatum conservandarum caussa.) Francke, Comm. zum Pandectentitel de hereditatis petitione. S. 7. Keller, Instit. S. 280 ff. Dabei war aber vorausgesetzt, daß derjenige unter den letztwillig freigelassenen Sclaven oder der Fremde, welcher sich die bona addiciren lassen wollte, den Gläubigern wegen der vollen Solution ihrer Forderungen Caution machte. War dieses geschehen, so wurden ihm die bona addicirt. Die übrigen Sclaven, welche direct manumittirt waren, wurden ganz so frei, als ob die Erbschaft wirklich angetreten worden wäre, die fideicom-

missarisch freigelassenen wurden liberti dessen, dem die bona addicirt waren. [tit. I. de eo cui libertatis caussa bona addicuntur (III. 11.) fr. 4. § 20. D. de fideic. libert. (XL. 5.) fr. 2. 3. D. eod. — c. 6. 15. C. de testam. manum. (VII. 2.)] Schmidt l. c. p. 23 ss. v. Schröter a. a. O. S. 124. Walter a. a. O. S. 675. Ueber das Verhältniß dessen, der vom Fiscus eine Erbschaft gekauft hat, vergl. Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Proc. XIX. N. 1. v. Vangerow II. § 564. N. II.

So wie schon hier, wenigstens bei insolventen Erbschaften und zu ganz bestimmten Zwecken, andere Personen statt des Fiscus auftreten und die bona vacantia als Universalsuccessoren an sich nehmen konnten, eben so wurde unter späteren Kaisern dieses Recht noch Anderen gegeben, freilich insofern ganz verschieden, als es theils vorzugsweise bei solventem Nachlasse vorkam, theils aber auch und ganz besonders darin, daß diese neuberechtigten Personen dem Fiscus vorgingen. Constantin gab zuerst im J. 319 p. Chr. der curia dieses Recht rücksichtlich der bona vacantia ihrer Decurionen. c. un. C. Th. de bonis decurion. (V. 2.) Im J. 347 (und 349) p. Chr. wurde es durch Constantius den größern Truppenabtheilungen des Fußvolks und der Reiterei, d. h. den Legionen und vexillationes s. cunei, und dann auch den Cohortalen derselben Provinz d. h. den officiales und apparitores der praesides provinciarum an den vacanten Gütern der in ihnen gedient Habenden gewährt. c. 1. C. Th. de bonis milit. (V. 4.) c. 2. 3. C. de hered. decur. (VI. 62.) Sieben Jahre später verordnete derselbe Kaiser (im J. 354 p. Chr.) dasselbe für die bona vacantia der navicularii zu Gunsten des collegium naviculariorum. (Ueber diese navicularii vergl. Glück, Comment. Bd. XXXI. S. 467 ff.) — Im J. 434 p. Chr. bestimmten Theodosius II. und Valentinian III., daß, wenn ein Geistlicher, ein Mönch oder eine Nonne ohne Erben stürbe, ihr Nachlaß der Kirche, bei welcher sie angestellt gewesen oder resp. dem Kloster, dessen Mitglieder sie waren, zufallen solle. c. 1. C. Th. de bonis cleric. (V. 3.) c. 20. C. de episcop. (I. 3.) Nov. 131. c. 13. Zuletzt wurde es endlich von denselben dem collegium fabricensium dann gegeben, wenn die bona eines fabricensis erblos waren. Fabricenses waren aber die in den kaiserlichen Waffenfabriken angestellten Arbeiter, welche ganz militärisch behandelt wurden, so daß ihnen sogar, wie den tirones, ein Stigma auf dem Arme eingebrannt war. Die Mitgliedschaft in ihrem Vereine war erblich und die Einzelnen hafteten wegen der Delicte ihrer Zunftgenossen. Vergl. Glück, Comment. Bd. XXXI. S. 455 ff. Keller, Institt. S. 279. 280.

## § 185.

### 2) Bona caduca. *)

*) Hugo S. 760 ff. Schweppe § 518. 518a. Walter § 685—687. Burchardi, Innere Gesch. des röm. Privatrechts. Abth. 4. § 390. Rein, S. 834 ff. Puchta III. § 326. Kuntze I. § 839. II. S. 552 ff. Francke, Beiträge zur Erläuterung versch. Rechtsmaterien. Gött. 1828. S. 112 ff. Rudorff in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. VI. S. 397 ff. Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrechte 2c. Tübing. 1835. S. 176 ff. K. A. Schneider, das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Iulia et Papia. Berl. 1837. S. 97 ff. Dazu die Recension von Huschke in Richter's Jahrb. Jahrg. 1838. S. 314 ff. Witte im Rechtslexicon Bd. I. S. 304 ff. C. Gitzler, Quaest. de L. Iulia et Pap. Popp. spec. II. Vratisl. 1835. Bering a. a. O. S. 277 ff. Rudorff I. S. 67 ff.

Ganz der oben (Bd. II. § 165.) angegebenen Natur des testamentarischen Erbrechts beim Mancipationstestamente gemäß, als eines wirklichen Rechtsgeschäfts zwischen Testirer und Erben, galt in frühester Zeit der Satz, daß die Fähigkeit zum Erwerbe des Nachlasses nach

dem Momente der Testamentserrichtung zu beurtheilen sei. Da nun das Geschäft eigentlich mit jenem Scheinkaufe zugleich auch seine Vollendung erreicht hatte, so verstand es sich ganz von selbst, daß alle später eintretenden Veränderungen, so lange nur noch überhaupt testamentarische Erbfolge möglich, d. h. so lange als noch ein Testaments-Erbe übrig war, nur das Quantum des endlich Auszuhändigenden, nicht aber das Anrecht der Erbberechtigten verändern konnten. Es wurde mit andern Worten durch den Wegfall eines oder mehrerer Berechtigten nur eine Collision im Objecte entweder vermindert oder gänzlich aufgehoben. Wendet man nun diese ältere Rechtsansicht auf den Fall des Accrescenzrechts an, so ergibt die schon von Huschke (a. a. O. S. 318.) dafür aufgestellte Regel ganz von selbst: daß die Verhältnisse der Berechtigten mit Rücksicht auf die Zeit der Errichtung des Testamentes und das Schicksal der nicht erworbenen Erbtheile (oder Legate) aus dem Wesen des nicht erworbenen Objects und der Stellung sich ergeben müssen, welche die noch vorhandenen Berechtigten zu diesem Objecte einnehmen.

Dieses frühere Recht (ius antiquum) wurde durch die Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea (v. J. 763 u. c.) mehrfach durchbrochen, indem sie zweierlei ihrem Grunde nach sehr verschiedene und für das testamentarische Erbrecht sehr einflußreiche Veränderungen traf.

Die eine Gattung von Bestimmungen hat ihre Quelle in einer sittlich-financiellen Absicht, während die zweite Gattung offenbar einer veränderten Rechtsansicht ihre Entstehung verdankt. Die Bestimmungen der erstern Art sind besonders in dem einen Theile des Gesetzes (pars nuptialis) de maritandis ordinibus enthalten, von denen die hierher gehörigen jene Belohnungen der Vaterschaft so wie die Nachtheile des Cölibats und der Kinderlosigkeit festsetzen, mit der nicht zu verkennenden Nebenabsicht, das Aerar durch die Verluste der Benachtheiligten zu bereichern. Hieraus folgt aber ferner, daß man, wenn die Belohnung in einem erweiterten Erwerbe freigewordener Erbportionen beruhen sollte, nicht mehr auf die Natur des nichterworbenen Objectes dabei sehen konnte, sondern nur auf die persönliche Würdigkeit des zu Belohnenden. Der Grund der Unfähigkeit zum Erwerbe gewisser Portionen ist also rein sittlicher Natur und die Frage wer unfähig sei, läßt sich daher auch nicht aus einem Rechtsprincipe beantworten. Ganz anders verhält es sich aber mit der zweiten Veränderung, welche durch die lex Iulia et Papia Poppaea in's Leben trat, indem die Frage, wann jemand fähig sein müsse, jetzt nach der neuen Auffassung von Delation aus einem Mancipationstestamente (S. oben Bd. II. S. 115 ff.) anders beantwortet werden mußte, als früher. Es ist daher, wie auch in neuerer Zeit mehrfach ausgesprochen worden ist (z. B. Huschke a. a. O. S. 322. 323. Witte a. a. O. S. 305.), durch die lex I. et P. P. eine neue Gattung von s. g. testamenti factio passiva aufgekommen. Was nun schon in Folge eines Mangels der alten test. factio passiva nicht erworben werden konnte oder aus andern Gründen für von Anfang an ungültig hinterlassen angesehen wurde, d. h. was „pro non scripto" galt, accrescirte noch nach den alten Grundsätzen (ius antiquum). Was dagegen nach altem Civilrechte gültig hinterlassen, nach den sittlich-financiellen Grundsätzen der lex Iulia et Papia Poppaea aber von dem Bedachten nicht erworben werden konnte, hieß caducum und fiel ohne Rücksicht auf die Natur des caduc gewordenen Objectes an die durch die lex I. et P. P. in einer gewissen Reihenfolge persönlich des Erwerbes würdig Erklärten (capaces). Der Augenblick, in welchem hier jemand fähig sein muß, ist nun aber nicht mehr der Moment der Errichtung des Testamentes, sondern der der Acquisition der Erbschaft, ganz der neuern Stellung des Erben zum Erblasser gemäß, indem jetzt die Testamentserrichtung ihre volle Wirkung eigentlich erst mit der Antretung erhält.

**1528.** c. un. § 1. C. de cad. toll. (VI. 51.) „Quum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant,

sumsit, et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum, senatusconsulta, quae circa legem Papiam introducta sunt, censuerunt, ut, quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc corrigentes... sancimus etc." Für die drei möglichen Momente, in denen die Fähigkeit des Erbewerbens verlangt werden konnte und dennoch im concreten Falle fehlt, hatten die Römer, wie Justinian c. un. § 2. C. eod. (VI. 51.) berichtet, auch drei verschiedene Bezeichnungen: Pro non scripto, in caussa caduci und caducum. Das, was im Augenblicke der Errichtung des Testamentes dem Testamentsgeschäfte alle Wirkung unmöglich machte, galt „pro non scripto"; war die testamentarische Verfügung im Augenblicke der Errichtung wirklich gültig gewesen, aber vor der Delation, d. h. ante mortem testatoris oder vor Eintritt der Bedingung unwirksam geworden, so war diese Portion „in caussa caduci", so daß „caducum" im engsten und eigentlichen Sinne nur das war, was erst nach der Delation deficirte. Betrachtet man hiernach den Einfluß und das Verhältniß der alten und neuen Bestimmungen zu einander, so ergibt sich, wenn von einer Succession aus einem Testamente die Rede ist, also wenn nur einzelne heredes ex parte wegfielen, aber durch das Vorhandensein eines Erben das ganze Testament nicht destitut wurde, rücksichtlich der vacant gewordenen Portionen im Allgemeinen folgendes:

I) Alles was pro non scripto in einem Testamente galt, wurde noch nach den alten Rechtssätzen (ius antiquum) beurtheilt, d. h. es kamen dabei die alten Regeln des Accrescenzrechts ohne alle Berücksichtigung der lex I. et P. P. zur Anwendung. c. un. § 3. C. eod. (VI. 51.) Pro non scriptis galten aber

1) alle diejenigen Bestimmungen, welche dem oben angegebenen Begriffe gemäß darunter fallen mußten, also alles, was einer Person hinterlassen ist, der im Augenblicke der Testamentserrichtung die alte testamenti factio passiva fehlt [fr. 3. pr. D. de his, quae pro non scriptis habentur (XXXIV. 8.)]; was einem schon Verstorbenen zugewendet ist [fr. 4. D. eod. (XXXIV. 8.)]; wenn die Zuwendung unverständlich ist [fr. 2. D. eod.]; wenn gegen die Vorschriften des SCum Libonianum der Honorirte sibi ipsi aliquid in testamento adscripsit [fr. 1. D. eod.]; bei captatorischen Zuwendungen [fr. 1. D. eod.] u. dergl. — Schneider a. a. O. S. 203 ff.

2) Nach dem Satze: quae in eam caussam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur wurden auch die Zuwendungen, welche der Honorirte deßhalb nicht erwerben konnte, weil er nach Errichtung des Testamentes poenae servus geworden war [fr. 3. § 1. D. eod.] oder weil der Honorirte servus alienus später vom Erblasser selbst gekauft wurde [fr. 3. § 1. D. eod.], pro non scriptis angesehen. Hierzu noch Huschke a. a. O. S. 315.

3) In Folge eines besondern Privilegiums kamen die Sätze der lex P. P. auch in einigen Fällen nicht zur Anwendung, in denen sie allerdings hätten angewendet werden können. Es ist dieß aber der Fall

a) bei Eltern und Kindern des Testators bis zum dritten Grade, indem ihnen nicht allein das Recht zusteht, selbst wenn sie coelibes oder orbi sind, die ihnen zugewendete Portion ganz zu erwerben, sondern auch beim Wegfallen eines Miterben haben sie rücksichtlich der von diesem nicht erworbenen Portion das ius antiquum, d. h. das alte Accrescenzrecht in dieselbe. **1529**. (Ulp. XVIII. „Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, ut heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.") Zu dieser Stelle des Ulpian ist besonders zu vergl. Huschke a. a. O. S. 326. c. un. C. de cad. toll. (VI. 51.)

b) Bei den im testamento militis Honorirten. Gai. II. 110. 111. fr. 31.

D. de testam. mil. (XXIX. 1.) Fragm. Vat. § 84. — Vergl. hierüber bes. Schneider a. a. O. S. 217 ff. Witte a. a. O. S. 310. Wenn man dann

c) auch den princeps und dessen Gemahlin als durch besonderes Privilegium von den Vorschriften der lex I. et P. P. befreit annimmt, so ist dieß dem endlichen Effecte nach richtig, beruht aber, wie auch schon Huschke a. a. O. S. 325 bemerkt hat, auf dem allgemeineren Satze, daß sie legibus soluti, also auch den Strafen des Cölibats und der Orbität nicht unterworfen sind. Endlich ist auch

d) beim usufructus legatus, beim Legate von Alimenten und der Freiheit wegen der Natur dieser Legate die Vorschrift der lex P. P. nicht anwendbar, obgleich auch das ius antiquum nicht ganz rein auf dieselben angewendet werden kann. fr. 9. D. de usu et usufr. legat. (XXXIII. 2.) Schneider a. a. O. S. 227 ff. Huschke a. a. O. S. 327.

II) Solidi capacitas. Bei gewissen Personen gelten zwar nicht die Grundsätze des ius antiquum, aber es soll, obgleich sich die Erfordernisse der lex Papia nicht bei ihnen vorfinden, dennoch das denselben im Testamente Zugedachte ihnen auch ganz zufallen (solidi capaces). Schneider a. a. O. S. 223 ff. Dahin gehören

a) alle diejenigen Personen, welche zwar coelibes oder orbi sind, die aber das zum Heirathen und Kindererzeugen erforderliche Alter nicht haben, insofern sie sui iuris sind, indem bei den in patria potestate stehenden nur auf die capacitas dessen gesehen wurde, in dessen Gewalt sie standen. Ulp. XVI. 1—4. (Bd. I. § 99.) Ueber den Begriff des Cölibats nach der lex Iulia et Papia vergl. Hartmann, Zeitschr. für Rechtsg. V. S. 220—223.

b) Die nächsten Cognaten. Bis zu welchem Grade aber diese Nähe der Cognation die solidi capacitas gab, ist nicht genau zu bestimmen. Schneider a. a. O. S. 225. 226. Klenze, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. VI. S. 67 ff. — **1530**. Sozomenus, Hist. eccles. I. 9. „Νόμος ἦν Ῥωμαίοις παλαιοῖς, ἀπὸ εἴκοσι καὶ πέντε ἐτῶν τῶν ἴσων ἀξιοῦσθαι, κωλύων τοὺς ἀγάμους τοὺς μὴ τοιούτους περὶ ἀλλά τε πολλὰ καὶ τὸ μηδὲν κερδαίνειν ἐκ διαθήκης, τοὺς μὴ γένει ἐγγυτάτῳ προσήκοντας τοὺς δὲ ἄπαιδας ζημιῶν τὸ ἥμισυ τῶν καταλελειμμένων.“ — Vergl. auch Fragm. Vat. § 216—219. Hartmann a. a. O. S. 240 ff.

c) Mann und Frau gegen einander in den Ulp. XVI. 1. angeführten Fällen; Hartmann a. a. O. S. 226 ff. und endlich auch noch

d) Alle, welche das ihnen im Testament Zugewendete wieder an andere Personen restituiren müssen. fr. 42. D. de legat. II. (XXXI.) fr. 28. D. de legat. III. (XXXII.) fr. 51. D. de R. I. (L. 17.) „Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est, alii restituere“, und

e) die zu einer insolventen Erbschaft Berufenen. **1531**. fr. 72. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) Terent. Clem. libr. IV. ad leg. Iul. et Papiam „. . legi enim locum non esse in ea hereditate, quae solvendo non est“, weil diese eigentlich nichts capiren. Huschke a. a. O. S. 336.

III) Caducum im Sinne Justinian's war, wie oben angegeben ist, alles was nach geschehener Delation deficirte. Zu Justinian's Bestimmung muß man aber offenbar noch zwei andere Merkmale hinzufügen, nämlich einmal, daß die Zuwendung vacant wird, in Folge der Vorschriften der lex I. et P. P. und dann, daß die Unfähigkeit zum Erwerbe nicht blos nach der Delation, sondern post apertas tabulas testamenti vorhanden sein muß, und endlich, wie Huschke (a. a. O. S. 315.) noch hinzufügt, daß die Zuwendung vom Honorirten abfalle, nicht aber er von jener, d. h. daß er die Zuwendung nicht erwirbt, nicht aber, daß seine Persönlichkeit erlischt. Ulp. XVII. 1. Es ist hier aber nicht allein der Moment der Delation hinausgeschoben, sondern auch noch eine Frist von 100 Tagen gewährt, innerhalb welcher die Erwerbsunfähigkeit noch gehoben werden kann. Es ist also

caducum, wie es schon Ulp. I. 21. bestimmt, alles was wirklich erworben werden könnte, wenn nicht der Honorirte es wirklich ausgeschlagen hätte oder nicht erwerben durfte. (Lex Papia Poppaea partem non adeuntis caducam facit.) c. un. § 2. 5. C. cit. Hierher gehören nun folgende drei Fälle:

1) wenn der eingesetzte heres ex parte oder Legatar ein coelebs war und nicht binnen jener hundert Tage eine Ehe einging, welche den Vorschriften der lex I. et P. P. genügte.

**1532.** Ulp. XVII. 1. „Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex caussa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si coelibi vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit, vel Latinus ius Quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit." — Gai. II. 144. 286.

Die lex Iulia hatte aber nicht bestimmte Ehen, welche gegen ihr Verbot eingegangen waren, für nichtig erklärt, sondern nur festgesetzt, daß eine solche gesetzwidrige Ehe die Nachtheile des Cölibats nicht aufheben sollte. Verboten in diesem Sinne war den Senatoren und deren männlichen und weiblichen Nachkommen die Ehe mit Freigelassenen und mit gewissen verächtlichen Personen; ferner allen viris ingenuis die Ehe mit gewissen verächtlichen Frauen. Ulp. III. 1. 2. XVI. 2. — Savigny, Syst. des heut. Röm. Rechts. Bd. II. S. 220. 517 ff.

2) Wer kinderlos (orbus) ist und wem in denselben hundert Tagen nicht ein Kind in gültiger Ehe geboren wird, bekommt — natürlich vorausgesetzt, daß er nicht auch coelebs ist — nur die Hälfte des ihm Zugedachten. Hartmann a. a. O. S. 223 ff. Gai. II. 286. „Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidiam partem hereditatum legatorumque perdunt"... Zu diesen beiden durch die lex Iulia et Papia eingeführten Fällen der Caducität kam dann durch die lex Iunia Norbana der Fall hinzu, daß, wenn

3) ein Latinus Iunianus zum Erben eingesetzt war und dieser nicht innerhalb derselben Frist (intra dies centum) das ius Quiritium und somit die Capacität erlangte (Gai. II. 110. Ulp. XXII. 3.), auch die diesem gemachte Zuwendung caducum wurde.

IV) In caussa caduci. Alle übrigen Fälle, von denen Justinian c. un. § 2. C. cit. offenbar nur beispielsweise die generellsten anführt, die also nur negativ dahin zu bestimmen sind, daß sie weder pro non scriptis noch auch als caduca gelten, aber dennoch ein Vacantwerden des Zugedachten herbeiführen, könnten an sich eben so wohl den Grundsätzen des ius antiquum, als denen der Caducität unterworfen werden. Es gehört hierher jeder Fall, wo der Honorirte schon vor erfolgter Delation, aber doch nach dem Tode des Testirers ausfällt, sei es durch Tod oder durch capitis diminutio magna, so wie auch alle Fälle, in denen die Bedingung, unter welcher etwas zugewendet war, nicht eintrat. c. un. § 2. 4. C. eod. (VI. 51.) — (A. M. ist Schneider a. a. O. S. 134 ff.)

Für Alles, was hiernach caducum oder in caussa caduci war, galten nicht mehr die alten Grundsätze des Accrescenzrechts, welche wesentlich auf der objectiven Natur der Zuwendung beruhten, sondern die oben angeführten neuen Principien. War nämlich eine testamentarische Erbportion oder ein Legat caduc geworden und kein fähiger Substitut vorhanden, so sollten die durch die lex I. et P. P. für würdig erklärten Personen, welche in diesem Testamente bedacht waren, gleichviel ob als Erben oder als Legatare, die caduc gewordene Zuwendung erhalten.

Für würdig erklärt waren aber diejenigen im Testamente Honorirten, Erben oder Legatare, welche Kinder hatten (qui in eo testamento liberos habent; iura parentum; legatarii patres). Gai. II. 286. Fragm. de iure fisci § 3. Tac. Ann. III. 28. Unter „liberi" sind aber ganz dieselben Descendenten zu verstehen, welche das prätorische Edict unter diesem Ausdrucke begreift, nämlich sui und emancipati nur mit der Beschränkung, daß es leibliche, nicht Adoptiv-Kinder sein müssen. Fragm. Vat. § 195. 196. Hieraus folgt, daß

weder ex filia nepotes, noch auch liberi naturales genügen und niemals Frauen dieses Recht an den caducis haben können. Rudorff a. a. O. S. 410. Diese in testamento liberos habentes s. patres werden aber zu den caducis berufen in einer Reihenfolge, welche auf eine präsumtive Willensmeinung des Testirers basirt ist, die aber nur da angenommen war, wo die Honorirten direct bedacht waren, also als Erben oder Legatare, keineswegs auch als Fideicommissare, deren Honorirung eigentlich allein auf dem Willen des Erben, nicht des Erblassers beruht. fr. 60. D. de legat. II. (XXXI.) Mayer a. a. O. S. 184 ff. Unter den so Berechtigten sind nach jener Auslegung des präsumtiven Willens wieder die heredes die vorzugsweise durch den Erblasser geehrten. Erst nach diesen folgen die legatarii. Dabei war es also möglich, daß auch ein Legatar auf diese Weise eine Erbportion, wenn dieselbe caduc geworden, erhalten konnte und ein Miterbe auch ein Legat, was er nach den alten Grundsätzen nicht bekommen haben würde. Nur geht hier der dem Ausfallenden conjungirte Miterbe oder Collegatar (coniunctus pater) allen übrigen nicht conjungirten, wenn auch sonst fähigen Honorirten vor. (Huschke a. a. O. S. 323. 328.)

1533. Gai. II. 207. „Et quamvis prima caussa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium; tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt."

Obgleich nun in dieser Stelle Gaius wörtlich diesen Vorzug der Conjungirten nur den Collegataren einräumt, so ergibt sich dasselbe für coheredes coniuncti nicht allein aus dem ganzen Geiste des Papischen Gesetzes, als auch, wie Rudorff (a. a. O. S. 418 ff.) überzeugend dargethan hat, aus fr. 142. D. de V. S. (L. 16.) Paull. lib. VI. ad leg. I. et P.P. vergl. mit fr. 89. § 2. D. de legat. III. (XXXII.) Paull. lib. 6. ad leg. I. et P. P. Da bei diesem Vorzuge der Conjungirten vor den Nichtconjungirten alles blos auf die Zusammenstellung der Personen, nicht aber auf deren Beziehung zum Objecte ankommt, wo der Satz galt: „totum datum, partes autem concursu fieri", so versteht es sich ganz von selbst, daß die verbis coniunctio die allein entscheidende sein muß. Es ergibt sich das vorzugsweise aus Gai. II. 208. „Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem, an per damnationem legatum sit." Da nämlich nach den Grundsätzen des alten ius accrescendi durch die objective Collision mit Nothwendigkeit die Verschiedenheit des Damnationslegats und Vindicationslegats (vergl. oben Bd. II. § 168.) auch einen Unterschied in dem Accrescenzrechte herbeiführen mußte, so ergibt sich von selbst, daß die lex Papia, indem bei ihr jener Unterschied nicht beobachtet wurde, auf diese reale Conjunction keinen Werth gelegt haben kann. Wo also bei ihr ein Vorzug durch Conjunction herbeigeführt ist, muß dieses durch verbale Conjunction geschehen sein. Eine Ansicht, welche durch fr. 89. D. de legat. III. (XXXII.) Paull. lib. VI. ad leg. I. et P. P. vollkommen bestätigt wird. — Mayer a. a. O. S. 183.

Fiel nun das caducum an keine der angeführten Personen, so erhielt es das aerarium, und zwar in frühester Zeit entschieden das aerarium populi (auch aerarium Saturni s. Saturninum genannt, weil es im Tempel des Saturn aufbewahrt wurde. Plut. Quaest. Rom. c. 4. Gai. II. 286. Tac. Ann. III. 25. 28. Suet. Nero. c. 10. Rudorff a. a. O. S. 422.) Fragm. de iure fisci § 3.

Da das Gesetz den zum Erwerbe des caducum Berechtigten eigentlich nur, einer Fiction des testatorischen Willens gemäß, an die Stelle des Ausfallenden beruft, so ergibt sich rücksichtlich der Bedingungen und der Wirkungen des Erwerbes der caduca folgendes:

1) Eben so wie es dem incapax frei gestanden haben würde, anzunehmen oder auszuschlagen, wenn er capax gewesen wäre, eben so muß dem capax, welcher die caduca vindiciren, d. h. in die Stelle des incapax eintreten kann, frei stehen, das caducum anzunehmen oder auszuschlagen, während beim Accrescenzrechte natürlich das Gegentheil

eintreten muß. Wenn daher Rudorff (a. a. O. S. 408.) das Gegentheil wegen fr. 53. § 1. D. de A. v. O. H. (XXIX. 2.) „Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus excipit“ annimmt, so ist, wie schon Schneider (a. a. O. S. 173 ff.) gezeigt hat, diese Stelle weit einfacher und natürlicher auf das Accrescenzrecht zu beziehen. Denn daß dieselbe aus des Gaius Commentarien zur lex I. et P. P. genommen ist, kann offenbar nicht genügen, sie nothwendig auf die caduca zu beziehen. — Freilich aber können die heredes und patres legatarii deßhalb nicht etwa die ihnen selbst gemachte Zuwendung ausschlagen und das caducum annehmen; denn außer dem „liberos habere“ gehört zum Rechte der caducorum vindicatio auch noch, daß der capax im Testamente honorirt war. Im Sinne des Rechts ist aber natürlich der, welcher das ihm im Testamente Zugedachte ausschlug, in diesem Testamente gar nicht honorirt. — Es folgt aber ferner aus dem obigen allgemeinen Satze, daß

2) das caducum cum suo onere fit, d. h. daß der caducum vindicans auch alle Lasten tragen müsse, welche auf der caduc gewordenen Portion lagen. **1534**. Ulp. XVII. 3. „Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata [et] fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt. Scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca.“ fr. 90. D. de legat. III. (XXXII.) fr. 60. § 1. D. de conditt. et demonstr. (XXXV. 1.) — Witte a. a. O. S. 308. 309.

3) Die Klagen, mit denen der caducum vindicans sein Recht geltend macht, sind dieselben, welche der incapax gehabt haben würde, und zwar nicht als utiles, sondern als directae actiones. fr. 5. D. de vulg. et pup. subst. (XXVIII. 6.) — Rudorff a. a. O. S. 408. Schneider a. a. O. S. 136 ff. und hierzu Huschke a. a. O. S. 317. 318.

Die späteren Modificationen in dem Rechtsverhältnisse der caduca und die allmähliche Vernichtung der Bestimmungen des Papischen Gesetzes beginnen eigentlich erst unter den christlichen Kaisern, da sich die Veränderungen unter den früheren Kaisern nur auf Außerwesentliches bezogen. Hierüber meldet zuerst **1535**. Ulp. XVII. 2. „Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur; sed servato iure antiquo liberis et parentibus.“ § 3. „Caduca cum suo onere fiunt; ideoque . . . legata . . . salva sunt etc.“ Wörtlich würde diese Stelle, besonders in dieser Art die Paragraphen abzutheilen, folgendes sagen: „Antoninus Caracalla hob die caducorum vindicatio der patres auf und verordnete, daß alle caduca an den Fiscus fielen.“ Es lägen also hierin zwei wesentliche Veränderungen des älteren Rechtes, einmal: das Verschwinden des Rechts der Privaten auf die caduca, und dann: die Uebertragung der caducorum vindicatio von dem aerarium populi auf den Fiscus, wobei natürlich diese letztere Veränderung nur eine untergeordnete Bedeutung erhält. Da nun aber doch wieder später auch nach Caracalla das ius caduci patrum erwähnt wird, so nimmt Rudorff (a. a. O. S. 424.) und mit ihm Walter (§ 687.) an, daß später — wahrscheinlich durch Macrinus — alle diese Bestimmungen rücksichtlich der caducorum vindicatio der patres wieder hergestellt worden wären und auf diese Weise sich die spätere Erwähnung der caducorum vindicatio der patres (sogar noch vor Justinian c. un. § 14. C. de caduc. toll. VI. 51.) einfach erkläre. Die zweite Umwandlung des bisherigen Rechtsverhältnisses, das Anrecht des Fiscus anstatt des Aerars, will Rudorff in dieser Stelle des Ulpian nicht finden, indem zur Zeit Ulpian's der Gegensatz zwischen Aerar und Fiscus ganz bedeutungslos geworden sei, so daß man beide Ausdrücke sogar ganz synonym gebraucht habe. Der Unterschied bei der Verwaltung beider Kassen sei aber zu unbedeutend, als daß man voraussetzen dürfe, Ulpian habe denselben an diesem Orte für erwähnenswerth gehalten. Gewiß muß man aber Schneider (a. a. O. S. 189 ff.) Recht geben, wenn er sich gegen Rudorff's Ansicht erklärt. Um die oben angegebene wörtliche Auslegung unserer Stelle aufrecht zu halten, müßte man annehmen, es habe eine Zwischenzeit gegeben, in welcher die caducorum vindicatio der patres aufgehoben und erst später wieder eingeführt worden sei, da theils nach

Caracalla lebende Juristen die caduci vindicatio patrum als etwas bestehendes anführen, theils aber auch Justinian in c. un. § 14. C. de cad. toll. (VI. 51.) noch sagt: fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari. Diese Wiederherstellung des älteren Rechts schreibt Rudorff, wie schon erwähnt, dem Macrinus zu, weil Dio Cass. LXXVIII. 12. erzähle, daß dieser: „τὰ περὶ τοὺς κλήρους καταδειχθέντα ὑπὸ τοῦ Καρακάλλου“ aufgehoben habe. Schneider (a. a. O. S. 190.) hat aber gewiß richtig diese Worte mit den von Dio Cass. LXXVII. 9. erwähnten Verordnungen περὶ τοὺς κλήρους verbunden, wonach dann die ganze Veränderung des Macrinus blos die Bestimmungen περὶ τὰς ἐλευθερίας und die Wiederherstellung der vicesima hereditatum betraf. Auch das zweite Bedenken Rudorff's hebt sich einfach, wenn man mit Schneider den „fiscus“ bei Ulpian als die Privatchatoulle (ratio Caesaris) auffaßt, für welche Bezeichnung Schneider besonders Plin. Paneg. c. 42. und Seneca de benef. VII. 6. als beweisend angeführt hat. Wenn also hiernach die fragliche Stelle Ulpian's nur diese letztere Veränderung erwähnen soll, wie ist dann der allgemeine Satz: „hodie . . . omnia caduca fisco vindicantur“ zu beseitigen? Auch hier hat Schneider (a. a. O. S. 194.) auf eine sehr scharfsinnige Weise abgeholfen, indem er die oben abgedruckte Stelle folgendermaßen abtheilt: § 2. „Hodie . . . vindicantur.“ § 3. „Sed, servato iure antiquo liberis et parentibus, caduca cum suo onere fiunt etc. Mit dieser Veränderung ist dann überhaupt der Nachdruck von dem Worte „omnia“ ganz verschwunden und liegt auf „fisco“, und somit in dieser Stelle von einer Aufhebung des ius caduci patrum gar keine Rede.

Einflußreicher als diese Verordnung Caracalla's waren aber die durch christliche Ansichten hervorgebrachten Modificationen des Kaisers Constantin aus dem J. 320 p. Chr., welcher den coelibes und orbi die volle Capacität des ihnen Zugewandten gewährte.

**1536.** c. un. C. Th. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis (VIII. 16.) „Qui iure veteri coelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur, atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa conditio capessendi, quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. — § 1. Quam rem et circa foeminas aestimamus, earumque cervicibus imposita iuris imperia, velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. — § 2. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.“

Durch diese Verordnung erhielten also die coelibes und orbi nur die solidi capacitas, keineswegs aber auch die caducorum vindicatio, welche immer noch eine Belohnung der Paternität blieb. Eben so wenig erhielten aber, wie der Schluß unserer Stelle andeutet, die Ehegatten die solidi capacitas gegen einander, da, wie schon Schneider (a. a. O. S. 223.) angeführt hat, bei ihnen die solidi capacitas nicht dadurch gewährt war, daß man nicht orbus war, sondern, wie Ulp. XVI. 1. beweist, bei ihnen noch außerdem andere Erforderniße nöthig waren, z. B. daß sie „filium filiamve communem habeant“ u. dergl.

Erst im J. 410 p. Chr. wurde durch Honorius und Theodosius den Ehegatten auch in den Fällen, in denen sie früher die solidi capacitas nicht hatten, dieselbe gewährt, und überhaupt Allen auch das ius liberorum gegeben, mithin auch das Recht der caducorum vindicatio.

**1537.** c. 2. C. Th. de iure liberorum (VIII. 17.) „In perpetuum hac lege decernimus, inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum, et quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia imminuerit derelicta. Tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit.“

1538. c. 3. C. Th. eod. (VIII. 17.) „Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus etc."

Durch diese Bestimmungen war natürlich keineswegs das alte Accrescenzrecht wieder hergestellt, sondern es galt dieses auch jetzt nur noch in den Fällen, in denen es bisher ausnahmsweise gegolten hatte. Für alle übrigen Personen galt also noch immer das Caducitätsrecht mit seinen Eigenthümlichkeiten, wie dem Anwachsen cum onere, dem Vorzuge der verbis coniuncti, der caducorum vindicatio etc. Mit wenigen durch die desuetudo herbeigeführten, uns aber unbekannten Veränderungen, bestand in dieser Weise die caducorum vindicatio und das ius antiquum bis auf Justinian's Verordnung vom J. 534 p. Chr., bis zur c. un. C. de caducis tollendis (VI. 51.). In dieser stellte er das ius antiquum in allen Fällen wieder her,

1539. c. un. pr. C. cit. „ . . . ius antiquum . . . omnibus nostris subiectis sine differentia personarum . . . concedimus."

wendete aber mehrere Bestimmungen des Caducitätsrechts auf dieses ius antiquum an, wie z. B. den Satz, daß cum onere accrescire ꝛc. Mayer a. a. O. S. 211 ff. Schneider a. a. O. S. 245 ff. S. jedoch hierzu Huschke a. a. O. S. 330 ff. Witte a. a. O. S. 311 ff.

## § 186.

### 3) Bona ereptoria. *)

*) Hugo S. 762. Schweppe § 519. Walter § 688. v. Vangerow, Pand. II. § 565. Kuntze I. § 842. II. S. 555. 556. Keller, Institt. § 347. Schilling, Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 312 ff. Schneider, das altcivile und Justin. Anwachsungsrecht. S. 94 ff. Mühlenbruch, Forts. v. Glück's Comment. Bd. XXXVIII. S. 361. Not. 71. — Zimmern, Grundriß des Erbrechts. S. 78 ff.

In einer Stelle in Ulpian's Fragmenten (XIX. 17.) finden sich die Worte: „Lege nobis acquiritur velut caducum vel ercpturium ex lege Papia Poppaea". Das Wort ereptarium hat Hugo in seiner Ausgabe in „ereptorium" verwandelt, während Cuiacius früher das Wort „erepticium" substituirte, da die von Zeitwörtern abgeleiteten auf „—torium" endenden Adjective eine active oder transitive Bedeutung haben. (Schilling a. a. O. S. 813.) Mit Recht hat aber Hugo in der oben citirten Stelle seiner neuesten Rechtsgeschichte zur Vertheidigung seiner Correctur angeführt, daß auch die transitive Bedeutung: „das, was Einer eripirt" einen ganz guten Sinn gäbe. (Vergl. hierzu Lachmann in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. IX. S. 201.) Läßt man also mit dieser unbedeutenden Veränderung den Ausdruck ereptorium als technischen zu, so steht so viel fest, daß die s. g. Erepticien schon in der lex Papia mit erwähnt waren. Ja es ließe sich sogar aus der Zusammenstellung mit dem caducum und aus dem Ausdrucke Ulpian's „ereptorium ex lege Papia Poppaea" schließen, daß die Indignitätslehre gerade so wie die der Caducität ihren Ursprung in der lex Papia habe.

Es hätte dann, wenn man annehmen darf, daß die lex Papia auch die Indignitätslehre geschaffen habe, sich mit dieser der Kreis des erbrechtlichen Nichthabens geschlossen, indem die drei möglichen Fälle, in denen die intendirte Succession nicht zur Erfüllung kam, in den „pro non scripto esse, non capere posse und auferri" erschöpft sind. Das erste wegen mangelnder Delation, das zweite, weil die Acquisition nicht möglich ist, und endlich das dritte insofern selbst das Acquiriren oder Acquirirthaben wirkungslos gemacht wird. Hieraus folgt eben sowohl, daß es gleichgültig sein muß, aus welchem Grunde (ex lege oder ex testamento) acquirirt war, als auch, daß es nicht nöthig war, wenn überhaupt die Acquisition in einem bestimmten Falle nicht wirksam werden sollte, erst die Acquisition wirklich vor sich gehen zu lassen. Aus diesem letzteren Grunde folgt daher ganz von selbst, daß auch

eine blos deferirte Erbschaft eripirt werden kann. Da aber das auferre wesentlich in dem denegare actiones besteht, so folgt wieder, daß das caducum, bei welchem überhaupt eine actio bei dem incapax noch nicht vorhanden ist, nie mit einem Indignitätsfalle collidiren kann. Es ist daher ganz richtig, wenn Schneider (a. a. O. S. 139.) den Unterschied derer, welche caduca vindicant, und derer, welche tanquam indigno eripiunt, darin sieht, daß erstere dem Umfange ihrer Berechtigung nach ganz an die Stelle des Ausgefallenen treten, aber ihr Recht selbst keineswegs als erst mittelbar vom Ausgefallenen erworben ansehen müssen, sondern als ein unmittelbar vom Testator auf sie übergegangenes. Der Eripient dagegen erhält nicht allein dem Umfange nach das Recht, was der indignus hatte, sondern tritt überhaupt geradezu an die Stelle desselben, freilich aber ipso iure.

Aus zwei Gründen trat aber die Indignität ein, entweder wegen eines Delicts des Erbberechtigten oder weil er den testatorischen Willen mißachtete. (Heinecc. ad leg. I. et P. P. III. c. 7. § 2.) — fr. 7. § 4. fr. 17. 20. 21. D. h. t. (XXXIV. 9.) — pr. 5. fr. § 1. fr. 15. 19. D. eod. (XXXIV. 9.) Durch Verordnungen der spätern Kaiser kamen aber zu diesen Hauptgründen der Indignität noch einige andere nicht genau mit den oben angegebenen zusammenhängende hinzu, wie z. B. in den Fällen des fr. 2. § ult. D. h. t. (XXXIV. 9.) fr. 12. 16. § 2. D. eod.

Regelmäßig werden dem indignus zu Gunsten des Fiscus die Klagen denegirt. Erst durch Bestimmungen der spätern Kaiser trat dieses denegare auch zu Gunsten anderer Personen ein.

In welcher Zeitfolge die einzelnen Indignitätsfälle eingeführt worden sind, vergl. neben den oben citirten Schriftstellern bes. Zimmern a. a. O.

# Dritter Theil.

## Strafrecht und Strafproceß.

### § 187.

### A. Einleitung.*)

Für den Theil des Rechts, den man heutiges Tags unter dem Namen „Strafrecht" zusammenfaßt, haben die Römer keine technische Bezeichnung. Dagegen für das, was wir mit dem gemeinsamen Namen „Strafe" bezeichnen, finden sich im römischen Recht und Leben die verschiedensten Ausdrücke. Es beweist dieser Umstand, daß das, was uns als der Ausfluß eines einzigen Rechts, des Strafrechts, erscheint, ihnen als Folge aus sehr verschiedenen Voraussetzungen erschien.[1] Denn wenn auch in späterer Zeit diese verschiedenen

*) Hugo S. 356—360. 699—702. 958—960. 1140. 1141. Schweppe § 598—640. Walter § 788—861. Rudorff Bd. II. § 98—141. — Die Litteratur des Criminalrechts bis zum J. 1844 am vollständigsten bei Rein, Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. 1844. S. 17—23. Dazu jetzt: Köstlin, Gesch. des deutschen Strafrechts. 1859. S. 1—47. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1861. S. 8—120. Zumpt, Das Criminalrecht der römischen Republik. Bd. I. Abth. 1. 2. 1865. Ders., Der Criminalproceß der römischen Republik. 1871.

1) Bekker, Theorie des heut. deutschen Strafrechts S. 7. 8. 10. Rein a. a. O.

Ausdrücke vielfach promiscue gebraucht werden,[2] so liegt es schon in dem Wesen jeder Sprache, daß zu der Zeit, als jene Bezeichnungen sich bildeten, sie nicht gleichbedeutend gewesen sein können.

A) Die Grundzüge des Strafrechts der ältesten Zeit. Will man nun das, was die Römer unter den verschiedensten Bezeichnungen, als poena, multa, animadversio, vindicta etc. (Rein a. a. O. S. 285.) erwähnen, für die älteste Zeit unter einen gemeinsamen Begriff bringen, so wird das Gemeinsame aller dieser Ausdrücke höchstens sich dahin zusammenfassen lassen, daß Strafe in diesem weitesten Sinne sei: Jedes Uebel, das Jemand durch einen Andern nicht ungerechtfertigt erleidet.

Das Recht, ein solches Uebel nicht ungerechtfertigt zuzufügen, kann aber nach römischer Anschauung seinen Grund haben:

1) in gerechtfertigter Rache, ius ulciscendi, und die Strafe erscheint dann als vindicta;

2) als Sühne, poena im ältesten Sinne, gleichviel ob im Interesse des Ganzen oder des Einzelnen, oder endlich

3) als animadversio zur Erhaltung der Auctorität des imperium oder der potestas.[3]

Jeder von diesen drei Gründen des römischen Strafrechts bringt aber nothwendig sowohl hinsichtlich des strafenden Subjects, als auch der Strafmittel und des Verfahrens sich von selbst ergebende Verschiedenheiten hervor.

I) Die Strafe als Rache oder das Recht zu strafen als Recht sich zu rächen. —

1) Hinsichtlich des berechtigten Subjects liegt es in der Natur der Rache, daß dieß nur der unmittelbar oder mittelbar Gekränkte selbst sein kann, dem die Ausübung der Rache überlassen wird. In den wenigen Spuren, in denen die Strafe noch als ein Act der Rache erscheint, ist daher Niemand berechtigt die kränkende Unthat zu strafen, als der Gekränkte selbst.

**1540.** Gell. X. 23. „De iure autem occidendi ita scriptum est (sc. in oratione M. Catonis): In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine iudicio impune necares."

**1541.** fr. 24. pr. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.) „Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur ..."[4]

---

S. 80 ff. — Erst in späterer Zeit finden sich beiläufige Andeutungen über Zweck der Strafe. Man konnte sich den Staat nicht denken ohne das Recht zu strafen, man setzte dieses Recht voraus und differirte nur über den Zweck. So z. B. fr. 20. D. de poen. (48, 19.) „... poena constituitur in emendationem hominum". fr. 6. § 1. D. eod. „.. ut exemplo deterriti minus delinquant". fr. 6. D. de custod. reor. (48, 3.) „.. ne quid et aliud postea tale facere moliatur".

[2]) So z. B. poena est noxae vindicta und vindicta dignum = poena dignum. [fr. 11. § 12. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.)]; und capitali animadversione puniit (Suet. Oct. 24.) = capitalis poena [fr. 27. § 2. D. de poenis (48, 19.)] und in zahlreichen andern Stellen.

[3]) Theilweis ähnlich schon **1542.** Gell. VII. 14. (VI. 14.) „Poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. Una est causa, quae vel νουθεσία, vel κόλασις dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito delinquit, attentior fiat correctiorque. Altera est, quam ii, qui vocabula ista curiosius diviserunt, τιμωρίαν appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque eius, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemtum eius pariat et honorem levet; idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. Tertia ratio vindicandi est, quae παράδειγμα a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum est necessaria, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur."

[4]) Paull. II. 26. § 5. „Maritum, qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, quia hoc impatientia iusti doloris admisit, levius puniri placuit." Coll. IV. 2. 3. 12. Nov. 117. c. 15. pr. — Ueber die weiteren Acte der Rache in diesem Falle vergl. Rein a. a. O. S. 838. Not. *). Bes. aber Ders. a. a. O. S. 36—39.

1543. fr. 20. D. eod. (48, 5.) „Patri datur ius occidendi adulterum cum filia, quam in potestate habet.“ 5)
Wer aus berechtigter Rache Uebel zufügte, darf und kann natürlich auch unter das höchste Maß der Rache herabgehen, ja er kann sie durch pacere erlassen. 1544. Fest. v. Talionis. „Si membrum rupit, ni cum eo pavit, talio esto.“ Liv. III. 58. „..ipso remittente Virginio ultimam poenam.“ arg. fr. 2. § 14. D. de pactis (2, 14.). Auch in der talio ist offenbar der Character der Rache der vorherrschende, denn die talio kann durch pactum umgewandelt werden d. h. der Verletzte kann sich mit einem andern Act der Rache für zufriedengestellt erklären. (Köstlin, die Lehre vom Mord und Todtschlag. I. S. 24 ff.)

2) Da aber die Rache ausgeübt wird sine iudicio, ohne Untersuchung der That und Thäterschaft, so ist sie nur zulässig bei handhafter That, beim manifestum delictum. („Si deprehendisset.“) Nov. 117. c. 15. pr. Diese roheste Art der Strafe mag in vorhistorischer Zeit viel mehr Fälle umfaßt haben, als später, wo sie auf wenige ganz bestimmte Fälle sich beschränkt. 6) Hier genügte es zu constatiren, daß der Gedanke eines Rechts zu strafen aus Rache selbst im neuesten Rechte nicht völlig verschwunden ist, und es haben, wie Ihering (I. 129 ff.) richtig bemerkt, sich die Privatstrafen als Abfindungssummen herausgebildet.

II) Die poena. — Die Etymologie des Wortes 7) und Ausdrücke wie poenam solvere, pendere weisen mit Sicherheit darauf hin, daß die poena in ihrer ältesten und ursprünglichen Bedeutung die Sühne des Verbrechens ist. Sie ist die für die verbrecherisch (non sine fraude) erzeugte noxa zu leistende Sühne, mit der sich auch die Privatrache genügen muß. (Poena est noxae vindicta.) 8) Wo diese poena wesentlich eine religiöse Sühne ist, heißt sie deßhalb vorzugsweise supplicium, von placare, 9) oder castigatio von castus und agere. 10)

1) Sie hat daher ihr Maß durch die Größe der noxa, denn noxiae poena par esto. 11)

---

5) Daß der Vater nur die Tochter mit dem Ehebrecher tödten konnte, die er in väterlicher Gewalt hatte, beweist, daß hier nicht aus Rache, sondern kraft des ius vitae et necis die Tochter getödtet wurde. Das Recht den adulter zu tödten war ein Act erlaubter Rache (impune necatur). — Ob Macrob. Sat. I. 4. „Si nox furtum factum sit, si im occisit, iure caesus esto“ hierher gehört, ist zweifelhaft. Möglich wäre es hierin nur ein weitgehendes Recht der Nothwehr zu sehen. c. 1. C. quando liceat unic. (3, 27.) Rein S. 298. Not. **) und Ihering, Geist des röm. Rechts. Bd. I. S. 130. — Richtiger wird es aber sein, darin einen Act der Rache zu sehen, da als Nothwehr die Tödtung des nächtlichen Diebes noch später gestattet war gerade im Gegensatz zu jenem alten Satze. fr. 9. D. ad leg. Corn. de sicar. (48, 8.)

6) Daß in ältester Zeit die Rache als Grund der Strafe die Regel gebildet habe, wird vielfach behauptet, aber wohl mit Unrecht. Geib a. a. O. S. 1. 11. Ihering I. S. 212.

7) Poena ursprünglich = ποινή, Sühngeld, Buße. Rubino, Untersuchungen über röm. Verfassung S. 460. Ihering I. S. 126. — Huschke, Gaius S. 123. leitet das Wort ab von πῶϋ „das den Göttern gebrachte Viehopfer“.

8) 1545. fr. 131. pr. D. de V. S. (50, 16.) Ulp. „Poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur, et quasi poenae quaedam praeparatio.“ — Nach Huschke a. a. O. S. 121. Not. 19. nannten die XII Tafeln „noxia“ den durch Delict zugefügten Schaden, z. B. noxiam decernere bei Plin. Hist. nat. XVIII. 3.

9) 1546. Fest. v. „[Supplî]cium a supp[liciis differt] ut usus arguit, quod [ex consuetudine loquendi] haec deorum [illud hominum sit. nam ut su]matur supp[licium de aliquo...] id est de poe[na agatur eius, ut iubeatur] caedi. — — [quo exem]plo docet suppli[cia dicta supplicamenta:] nunc fere supp[licia pro poenis dicun]tur.“ 1547. Paull. Diac. v. „Supplicia veteres quaedam sacrificia a supplicando vocabant.“

10) Rein a. a. O. S. 29.

11) Cic. de legg. III. 20. Seneca de ira II. 6.

Sie darf, dem Wesen der Sühne gemäß, dieß Maß nicht überschreiten und nicht unter ihm zurückbleiben, ne quid durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit. [12]) Das bestimmte genus delicti hat daher bei ihr ein in voraus bestimmtes genus poenae. [13])

2) Ob eine Sühne zu leisten sei (poenam solvere, pendere) oder nicht, ist zuvörderst zu untersuchen und durch Urtheil festzustellen, und die ältesten Gesetze sprechen bald die Strafe (sacer esto), bald nur das genus delicti aus (parricida esto). [14])

III) Die animadversio. — Das Wort selbst ergibt schon, daß es zunächst ein animum advertere in aliquid ist, in Folge dessen gestraft wird, was der Strafende, ohne seinem eigenen Ansehen etwas zu vergeben, sobald es zu seiner Kunde kommt, nicht ungeahndet lassen kann. [15]) Die Strafe ist die multa, auch selbst animadversio genannt. [16]) Hieraus ergibt sich:

1) Sie ist eine Maßregel zur Aufrechthaltung der allgemeinen Ordnung und der Würde des imperium oder der potestas. [17]) Die einzige Frage bei der animadversio ist: ob es e republica sei zu animadvertiren. Aus diesem Grunde ist die animadversio eben so Recht, als Pflicht des Magistrats. So sagen bei Liv. VIII. 32. die Legaten des Dictators, um ihn zur Begnadigung des non obediens magister equitum zu bewegen, also ihn von jener Pflicht zu befreien: Postremo ne id se gratiae dare Q. Fabii crederet, se iusiurandum dare paratos esse: non videri e republica in Q. Fabium, eo tempore, animadverti.

2) Art und Umfang der aus der animadversio (hier = Beachtung) sich ergebenden Strafe, multa, animadversio (hier = Strafe) ist daher nicht begränzt und festgestellt nach dem genus peccati. Denn a) erst durch das arbitrium des Magistrats oder des Inhabers der potestas, in quem est peccatum, (Gell. VII. 14.)

---

[12]) fr. 11. pr. D. de poenis (48, 19.) Cic. de off. I. 25. „.. ne maior poena, quam culpa sit."

[13]) Gai. III. 223. Plin. Hist. nat. XVII. 1, 7. XVIII. 3, 12. Paull. Diac. v. Termino. (N. 1585.)

[14]) Serv. ad Virg. Aen. VI. 609. (Bd. I. S. 14. N. 46.) Dion. II. 10. (Bd. I. S. 12. N. 43.) **1548.** Paull. Diac. v. Parrici. „(parricidii) quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcunque hominem. Id autem fuisse indicat lex Numae Pompilii regis his composita verbis: Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto." — Hierher gehört auch die von Paullus getadelte Ansicht Labeo's in **1549.** fr. 244. D. de V. S. (50, 16.) „Si qua poena est, multa est, si qua multa est, poena est. Paullus: utrumque eorum falsum est; namque harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de poena provocatio non est. — — Ex hoc quoque earum rerum dissimilitudo apparere poterit, quia poenae certae singulorum peccatorum sunt, multae contra, quia eius iudicis potestas est, quantam dicat, nisi cum lege est constitutum, quantam dicat." — Pernice, M. Ant. Labeo. S. 24. 25.

[15]) Gell. VII. 14. (N. 1542.) „ne praetermissa animadversio contemtum eius pariat et honorem levet."

[16]) Huschke, Gaius S. 129. Not. 19. „multa — die den Uebermuth des Delinquenten zähmende sächliche Coërcition." Es ist hierbei ganz dieselbe Verwandlung der Worte, wie bei der vindicta, daß der Grund der Strafe später die Strafe selbst bezeichnet, so auch hier die animadversio Grund der Strafe (das animum advertere ad facinus) und Strafe selbst. Gewissermaßen beiden Bedeutungen gemäß sagt der Prätor in fr. 15. § 25. D. de iuiur. (47, 10.) „si quis adversus ea, prout quaeque res erit, animadvertam." — Cic. adv. Rull. II. 13. „poena sine provocatione, animadversio sine auxilio." — Huschke, Osk. und Sab. Sprach-Denkm. S. 97 ff.

[17]) Gell. VII. 14. (Not. 15.) **1550.** Cic. de off. I. 25. „omnis autem et animadversio et castigatio contumelia vacare debet: neque ad eius, qui punitur (al. punit) aliquem, aut verbis castigat, sed ad rei publicae utilitatem referri."

wird die Handlung zum peccatum, zur strafbaren Handlung; und b) die Höhe und Art der Strafe hängt eines Theils von dem Umfang der Macht des imperium oder der potestas, andres Theils von der Erwägung (arbitrium) ab, ob es im concreten Falle geboten sei, härter oder milder zu strafen. (Not. 18.) Liegt in ihnen das ius vitae et necis, so hindert die Geringfügigkeit des peccatum nicht, die animadversio bis zur capitalis zu steigern, und umgekehrt das schwerste peccatum mit dem geringsten Grade der animadversio (verbis castigare) zu ahnden.[18]

3) Bei der poena wird das genus peccati untersucht (causa dicitur) und das Urtheil lautet auf schuldig oder nicht schuldig. Bei schuldig folgt dann aber Art und Höhe der Strafe aus dem genus peccati von selbst. Es wird dagegen bei der multa nur die Strafe zugesprochen (multa dicitur), und die Thatsache, wegen deren multirt wurde, nur als Begründung der multa, wie die Gründe eines Urtheils, angegeben.[19] Bei der poena lautet das Urtheil auf das Verbrechen: Tibi perduellionem iudico (Liv. I. 26.), denn in der lex horrendi carminis war die poena der perduellio schon bestimmt: arbori infelici suspendere, verberare etc. In den XII Tafeln ist daher auch vielfach die Bestimmung der Strafe nicht so gefaßt, daß für verschiedene Verbrechen dieselbe Strafe ausgesprochen wird, sondern die verschiedenen Verbrechen unter demselben Namen zusammengefaßt werden und unter dieser Form die Gleichartigkeit der Strafe ausgesprochen ist, so z. B.:

**1551.** Paull. Diac. v. Parrici. „Si qui hominem liberum dolo malo sciens morti duit, paricidas esto."

---

18) **1552.** Val. Max. V. 8, 1. „Brutus . . filios . . virgis caesos et ad palum religatos securi percuti iussit." Id. V. 8, 3. „Titus Manlius Torquatus . . cum ad senatum Macedonia de filio eius D. Silano, qui eam provinciam optinuerat, querellas per legatos detulisset . . . pronuntiavit: Silanum filium meum . . et e republica eum et domo mea indignum iudico, protinusque e conspectu meo abire iubeo. — — satisfactum erat reipublicae." Liv. I. 49. — Beispiele:

1) Aus dem imperium. — a) dem königlichen: Cic. de rep. II. Zonaras VII. 13. — b) dem consularischen: Liv. III. 9. Polyb. VI. 12. — c) der Dictatur: Liv. II. 29. — d) dem militärischen: Liv. II. 59. VIII. 33. XXX. 43. Dion. VI. 21. Polyb. VI. 37.

2) Aus der potestas. — a) der priesterlichen: Senec. Controv. I. 2. „Castigationem ex pontificis maximi arbitrio meruerat sacerdos." Paull. Diac. v. Ignis Vestae. — Marquardt, Handb. der röm. Alterth. IV. S. 245—247. Geib, Gesch. des Criminalproc. S. 76. Rein a. a. O. S. 699. — b) der tribunicischen: Tac. Ann. XIII. 28. „ne quid (sc. tribuni plebis) intra domum pro potestate animadverterent." — c) der väterlichen: Liv. I. 26. „patrio iure in filium animadversurum esse." Liv. epit. XLIV. Dion. II. 26. Val. Max. V. 8, 3; 9, 3. Rubino a. a. O. S. 137. Not. 1. Mommsen, Staatsrecht der Römer I. S. 122. Not. 1.

19) **1553.** Gell. XI. 1. „. . M. Varro verba haec legitima, quibus minima multa diceretur, concepit: M. Terentio, quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico. — — Vocabulum autem ipsum „multae" idem M. Varro in uno vicesimo rerum humanarum non Latinum, sed Sabinum esse dicit, idque ad suam memoriam mansisse ait in lingua Samnitium, qui sunt a Sabinis orti. — — Cum autem usus et mos sermonum is sit, ut ita et nunc loquamur, ut plerique veterum locuti sunt: „multam dixit" et „multa dicta est", non esse abs re putavi, notare, quod M. Cato aliter dixit. Nam in quarto originum verba haec sunt: Imperator noster, si quis extra ordinem ivit, ei multam facit. Potest autem videri consulta elegantia mutasse verbum, cum in castris et in exercitu multa fieret, non in comitio, nec ad populum diceretur." — Während es bei der poena heißt: perduellionem iudico, wird bei der multa nicht gesagt: citatum neque respondentem neque excusatum iudico, also nicht über das genus peccati ein Urtheil gefällt, sondern nur eine Strafe ausgesprochen (multam dico), zu deren Rechtfertigung der Magistrat die Thatsachen erwähnt, aus denen er sich bewogen gefunden hat, eine Strafe zu dictiren. — Das Verhältniß des Straferkenntnisses bei poena und multa läßt sich annähernd vergleichen mit dem Verhältniß der formula in ius und in factum concepta.

1554. Cic. de legg. II. 9. „Sacrum sacrove commendatum qui cleperit rapsitve parricida esto."

4) Die mulcta s. multa s. animadversio. — Für die in Folge einer animadversio, des animum advertere ad aliquid, dictirte Strafe war in früherer Zeit der technische Ausdruck: multa.[20]) Multa war jede je nach dem einzelnen Falle ex arbitrio animadvertentis zudictirte Strafe.[21]) Es ergibt sich dieß aus den Merkmalen, die Ulpian (Not. 21.) als die die multa von der poena unterscheidenden angibt. Die multa ist hiernach

a) eine Strafe für ein speciale peccatum d. h. für ein Vergehen, für welches ein Gattungsbegriff nicht aufgestellt ist, bei dem also weder der Thatbestand durch ein Strafgesetz normirt, noch auch die Strafe durch ein solches festgesetzt ist (ubi neque lege, neque quo alio iure delicto poena imposita est). Es ist daher

b) die Strafe eine multa, bei welcher auch Höhe und Art der Strafe ex arbitrio eius venit, qui multam dicit, denn auf pecunia beschränkt (pecuniaria) ist sie erst später worden (hodie pecuniaria est). Endlich

c) hat das Recht zu multiren, cui iudicatio data est.[22]) Mit Unrecht sagt hierbei Rudorff (a. a. O. II. § 125.): „Das Multirungsrecht war seit den ältesten Zeiten dazu bestimmt, der obrigkeitlichen und richterlichen Autorität gegen Widerspänstige Nachdruck zu geben." Zu Ulpian's Zeit ist diese Beschränkung sicher richtig, denn dieser bemerkt ausdrücklich, daß dieß Recht nur denen gegeben sei, quibus publice iudicium est (Not. 22.), und zu dessen Zeit war eben nur Magistraten und Richtern publice d. h. nach ius publicum (sive qua lege vel quo alio iure) die iudicatio zugestanden. Anders aber war es in frühester Zeit, wo zufolge des weitgehenden Rechts der patria potestas der Vater filium damnat, in filium animadvertit, und zur Rechtfertigung seiner animadversio, ganz wie der multirende Magistrat, nichts thut, als: „praefatur"[23]), weßhalb er animadvertirt. — Man wird daher die ex arbitrio animadvertentis fließende Strafe für die älteste Zeit, gleichviel ob sie capitalis oder pecuniaria war, im Gegensatz der poena nicht unrichtig als multa bezeichnen

---

20) Für das ältere Recht ist es daher nicht richtig, wenn Rudorff, Rechtsgesch. II. § 125. die multa als „pecuniäre" Ordnungsstrafe bezeichnet. Es widerspricht dieß der ausdrücklichen Bemerkung Ulpian's, daß dieselbe „hodie" pecuniaria sei. (Not. 21.)

21) 1555. fr. 131. § 1. D. de V. S. (50, 16.) Ulp. „Inter „multam" autem et „poenam" multum interest, cum poena generale sit nomen, omnium delictorum coërcitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est; poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet; et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit; poena non irrogatur, nisi quae quaque lege, vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est; quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est; poenam autem unusquisque irrogare potest, cui huius criminis sive delicti exsecutio competit." 1556. fr. 244. D. eod. (50, 16.) Labeo libro IV. Pithanon a Paulo epitomatorum. — „Si qua poena est, multa est, si qua multa est, poena est. Paulus: utrumque eorum falsum est; namque harum rerum dissimilitudo ex hoc quoque apparet, quod de poena provocatio non est. Simulatque enim victus quis est eius maleficii, cuius poena est statuta statim ea debetur; at multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum, aut provocator victus est; nec aliter, quam si is dixit, cui dicere licet. Ex hoc quoque harum rerum dissimilitudo apparere poterit, quia poenae certae singulorum peccatorum sunt; multae contra, quia eius iudicis potestas est, quantam dicat, nisi quum lege est constitutum, quantam dicat." Schwegler, Röm. Gesch. II. S. 609. Not. 4.

22) 1557. fr. 2. § 8. D. de iudiciis (5, 1.) Ulp. „His datur multae dicendae ius, quibus publice iudicium est, et non aliis, nisi hoc specialiter iis permissum est."

23) Liv. II. 41. Val. Max. V. 8. § 2. 5. So wird von den verschiedensten Strafen gesagt: multare, multitare. Cic. de orat. I. 42. Gell. X. 23.

können, obgleich die multa später nur pecuniaria war und das Wort multa nur noch in dieser Beschränkung gebraucht wird.

B) Die Umwandlungen des Strafrechts in späterer Zeit, namentlich seit den leges Valeriae de provocatione.

Der Gang der Entwickelung des Strafrechts war bei den Römern kein anderer, als fast bei allen Völkern.[24] Die höher entwickelte staatliche Ordnung verdrängt zunächst, wie im Privatrecht die Selbsthülfe, so im Strafrecht die Privatrache, und an deren Stelle tritt die Pflicht sich mit einer annehmbaren Sühne zu begnügen.[25] Eben so wird aber, je mehr die Freiheit des Einzelnen gegen die unbeschränkte Macht des imperium und der potestas geschützt wird, um so mehr auch die Strafe ex arbitrio, die animadversio oder multa, auf immer engere Gränzen beschränkt werden müssen.[26] An die Stelle der willkürlich normirten multa für das zu bestrafende speciale peccatum setzt sich mehr und mehr die für das genus peccati fest normirte poena. Wo früher vielfach noch indicta causa selbst auf capitale Strafe animadvertirt werden konnte, kann jetzt nur noch gestraft werden nach vorausgegangenem causam dicere und poenam irrogare, und selbst wo noch die multa in alter Weise erkannt ist, kann über deren Gerechtigkeit jetzt gestritten werden (multae certatio).[27] Endlich aber wird auch der Kreis der zum Multiren Berechtigten enger begränzt; das ius multae dicendae ist nicht mehr mit jedem imperium und jeder potestas selbstverständlich verknüpft, sondern beruht auf besonderer Verleihung.[28]

## § 188.

### B. Verbrechen und Strafen.*)

A) Verbrechen: 1) Perduellio.[a]) 2) Parricidium.[b]) 3) Incestus.[c]) 4) Verbrechen gegen die Clienten.[d]) 5) Verletzung des Trauerjahres.[e]) 6) Verrückung der Gränzen.[f]) — B) Strafen: 1) Consecratio capitis.[g]) 2) Todesstrafen und Leibesstrafen.[h]) 3) Exilium.[i]) 4) Talio.[k]) 5) Vermögensstrafen.[l]) — C) Die Execution.[m])

---

[24]) Vergl. hierüber die bei Geib, Lehrb. des deutschen Strafrechts. Bd. I. S. 2. Citirten, und § 30. ebendaselbst. Ders., Gesch. des röm. Criminalproc. S. 15. 16. und die dort Not. 8. 9. Citt.

[25]) So verschwindet die unbeschränkte Tödtung des nächtlichen Diebes (Not. 5.); so die talio. — Rein a. a. O. S. 36 ff.

[26]) So die unbeschränkte animadversio der Väter. (§ 104.) Dahin die Beschränkung der multae durch die lex Aternia Tarpeia; so straft noch bei Dion. II. 29. Romulus die verschiedensten Verbrechen „πρὸς τὰ μεγέθη τῶν ἁμαρτημάτων“ (pro delicti magnitudine), die später durch poenae nach dem genus peccati bestraft wurden, so sagt von Romulus Cic. de rep. II. 9. „. . multae dictione ovium et boum . . non vi et suppliciis coërcebat.“ Liv. I. 49. Cicero rühmt darin die Milde des Romulus. Er konnte also auch „vi et suppliciis“ multiren. — Alles, was hier von Romulus gesagt wird, hat keinen Werth als historisches Factum, es beweist nur, daß Dionysius und Cicero solche multae in ältester Zeit für möglich hielten.

[27]) Liv. XXV. 3. XXXVII. 51. fr. 244. D. de V. S. (50, 16.) Labeo. — Rudorff, Bd. II. S. 419.

[28]) fr. 131. § 1. in f. D. de V. S. (50, 16.) Not. 21. — Auf die Zeit, zu welcher multa nur Geldstrafe war, beziehen sich: 1558. Fest. v. Multam. — „Multam Osce dici putant poenam quidam. M. Varro ait poenam esse, sed pecuniariam, de qua subtiliter in l. I. quaestionum Epist. refert.“ Varro de L. L. V. 177. „Multa pecunia quae a magistratu dicta ut exigi possit ob peccatum, quod singulae dicuntur additae esse multae, et quod olim unum dicebant multam; itaque quom in dolium aut culeum vinum addunt rustici, primam urnam additam dicunt etiam nunc multam.“ (Hierzu O. Müller in seiner Ausgabe in den Noten, und Schwegler, R. G. II. S. 612. Not. 1.

*) Walter § 803—818. Rudorff II. § 111. 123.

**a)** Perduellio. — Rudorff II. § 111. Rein S. 466 ff. Ihering I. S. 255. Köstlin S. 46 ff. Geib, Lehrb. des deutschen Strafrechts Bd. I. S. 16. 17. Zumpt I. 1. S. 288. **1559**. fr. 11. D. ad leg. Iul. mai. (48, 4.) „Plane non quisque legis Iuliae maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rempublicam vel Principem animatus . . .“ **1560**. Varro de L. L. VI. 1. „Perduelles sunt hostes.“ **1561**. fr. 234. D. de V. S. (50, 16.) „Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset.“

**b)** Parricidium. — Rein S. 449 ff. Osenbrüggen, das altrömische Parricidium. Rudorff II. S. 371. Not. 2. F. Gorius, De parricidii notione apud antiquissimos Romanos. Bonn. 1869.

Paull. Diac. v. Parrici quaestores. (N. 1548.) **1562**. fr. 2. § 23. D. de O. I. (1, 2.) „Et quia . . de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum Consulibus ius dicere, propterea Quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent; hi appellabantur Quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum.“ **1563**. Cic. de legg. II. 9. „Sacrum sacrove commendatum qui cleperit rapsitve parricida esto.“

**c)** Incestus. — Rudorff II. S. 327. 328. Non. Marc. IV. 87. „Castum a furtis et rapinis abstinens. Varro Andabatis: Nec manus visco tenaci tinxerunt viri casta.“ **1564**. Cic. de legg. II. 9. „Incestum pontifices supremo supplicio sanciunto.“ **1565**. Paull. Diac. v. „Incestus a Graeco trahitur. Nam illi facinus dicunt ἀνήκεστον.“

**d)** Verbrechen gegen den Clienten. — Mommsen, Röm. Forsch. I. S. 383. 384. Dion. II. 10. (Not. 43.) **1566**. Serv. ad Aen. VI. 609. „Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto.“

**e)** Verletzung des Trauerjahres. — Plut. Numa c. 12. Fragm. Vat. 320. 321. Walter § 532.

**f)** Verrückung der Gränzen. — **1567**. Dion. II. 74. „εἰ δέ τις ἀφανίσειεν ἢ μεταθείη τοὺς ὅρους, ἱερὸν ἐνομοθέτησεν εἶναι τοῦ θεοῦ τὸν τούτων τὸ διαπραξάμενον, ἵνα τῷ βουλομένῳ κτείνειν αὐτὸν ὡς ἱερόσυλον ἥ τε ἀσφάλεια καὶ τὸ καθαρὸν μιάσματος εἶναι προσῇ.“ (Si vero quis sustulisset, aut suo loco movisset terminos, eum qui tale quid patrare ausus fuisset, huic deo sacrum esse sanxit [sc. Numa Pompilius], ut cuilibet impune eum interficere, tanquam sacrilegum, liceret, et purus ab eo piaculo esset.) Paull. Diac. v. Termino. (N. 1585.) Rein a. a. O. S. 822.

**g)** Consecratio capitis. — Rein a. a. O. S. 32 ff. Becker-Marquardt IV. S. 229. Mommsen, Röm. Gesch. (Aufl. 4.) I. S. 178. Pernice, Labeo I. S. 351 ff. vergl. mit S. 258 ff. L. Lange, De consecratione capitis et bonorum, Giess. 1864. Danz, Sacr. Schutz S. 50. Not. 10. S. 78. 79. Schwegler II. S. 253 ff. Ihering I. S. 279 ff. Geib, Lehrb. des deutsch. Strafr. I. S. 13.

**1568**. Zonar. VII. 15. „τὸ ἱερὸν εἶναι ἀπολωλέναι ἦν· οὕτω γὰρ πᾶν ὅπερ ἂν ὥσπερ τι θῦμα εἰς σφαγὴν καθιερώθη, ὠνόμαστο.“ [Sacrum autem esse idem erat, quod perisse: sic enim omnia, quae instar victimae ad caedem destinata sunt, appellantur.] Dion. II. 74. (N. 1567.) **1569**. Fest. v. „Sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque . .“ **1570**. Id. v. Sacer mons. „. . At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur, nam lege tribunicia prima cavetur „si quis eum, qui ei plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit“ . . . Gallus Aelius ait sacrum esse, quod quocunque modo atque instituto civitatis consecratum sit, sive aedis, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud, quod dis dedicatum atque consecratum sit . .“ Paull. Diac. v. Termino. (N. 1585.) **1571**. Macrob.

Sat. III. 7. „.. nam quidquid destinatum est dis, sacrum vocatur; pervenire autem ad deos non potest anima nisi libera ab onere corporis fuerit: quod nisi morte fieri non potest... Hoc loco non alienum videtur de conditione eorum hominum referre, quos leges sacros esse certis diis iubent: quia non ignoro, quibusdam mirum videri, quod cum cetera sacra violari nefas sit, hominem sacrum ius fuerit occidi; cuius rei causa haec est. Veteres nullum animal sacrum in finibus suis patiebantur, sed abigebant ad fines deorum, quibus sacrum esset: animas vero sacratorum hominum, quos Graeci ζωάνας vocant, dis debitas aestimabant. Quemadmodum igitur quod sacrum ad deos ipsos mitti non poterat a se tamen dimittere non dubitabant; sic animas, quas sacras in coelum mitti posse arbitrati sunt, viduatas corpore quam primum illo ire voluerunt."

**h)** Todes- und Leibesstrafen. — Geib, Lehrb. des deutsch. Strafr. I. S. 19. Rein S. 284—288.

1) Hängen: Arbor infelix. Liv. I. 26. (S. 184.) — 2) Enthaupten: Liv. II. 5. „Consules in sedem processere suam, missique lictores ad sumendum supplicium nudatos virgis caedunt, securique feriunt." Liv. XXII. 57. (N. 1596.) — 3) Lebendigbegraben: **1572**. Fest. v. „Sceleratus campus appellatur prope portam Collinam, in quo virgines Vestales, quae incestum fecerunt, defossae sunt vivae." Liv. XXII. 57. Plut. Numa c. 10. Dion. II. 67. — 4) Praecipitatio: Paull. Diac. v. Phobus. — 5) Säcken: **1573**. Cic. pro Rosc. Amer. 25. „.. supplicium in parricidas singulare excogitaverunt... Insui voluerunt in culeum viros, atque ita in flumen deiici." Dion. IV. 62. — fr. 9. pr. D. de lege Pomp. de parric. (48, 9.)

**i)** Exilium. Niebuhr II. S. 72 ff. Walter II. § 823. Vriese, De poena exilii. Amstelod. 1849. 1) Freiwilliges exilium (soli mutatio). **1574**. Liv. III. 13. „Hic primus (sc. Caeso) vades publicos dedit; dimissus e foro, nocte proxima, in Tuscos in exilium abiit. Iudicii die quum excusaretur solum vertisse exilii causa, nihilominus Virginio comitia habente, collegae appellati dimisere concilium." Liv. I. 41. II. 35. V. 32. Cic. pro Caecin. 34. „Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii. Nam qui volunt poenam aliquam subterfugere, aut calamitatem, eo solum vertunt; hoc est, sedem et locum mutant... non adimitur his civitas, sed ab his relinquitur atque deponitur. Nam, quum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur haec civitas denique, quum is, qui profugit, receptus est in exilium, hoc est, in aliam civitatem." — 2) Das iustum exilium und die aquae et igni interdictio beim Exil. (Ihering I. S. 287 ff. sieht hierin eine religiöse Beziehung, „es bethätigte sich in ihr die Sorge für die Erhaltung der Reinheit der Gemeinschaft durch Säuberung derselben von unreinen Elementen".) **1575**. Liv. II. 2. „Brutus ex Senatus consulto ad populum tulit, ut omnes Tarquiniae gentis exsules essent.." **1576**. Liv. XXVI. 3. „.. priusquam dies comitiorum aderat, Cn. Fulvius exulatum Tarquinios abiit; id ei iustum exilium esse scivit plebs." **1577**. Liv. XXV. 4. „Postumius vadibus datis non adfuit. Tribuni plebem rogaverunt, plebesque ita scivit: Si M. Postumius ante kal. Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset, videri eum in exilio esse, bonaque eius venire, ipsi aqua et igni placere interdici."

**k)** Talio. — Rein a. a. O. S. 37. Rudorff II. S. 325. Not. 1. **1578**. Gell. XX. 1. „.. lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: Si membrum rupit ni cum eo pacit talio esto. **1579**. Fest. v. „Talionis mentionem fieri in XII. ait Verrius hoc modo: „Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto" neque id, quid significet, indicat, puto quia notum est: permittit enim lex parem vindictam." **1580**. Isidor. V. 27. „talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur, ut fecit. Hoc enim et natura et lege est institutum, ut caedentem similis vindicta sequatur."

**l)** Vermögensstrafen. — Ihering I. S. 133 ff. Walter § 820. Geib I. S. 12 ff. 1) Verletzung des Trauerjahres: **1581**. Plut. Numa c. 12. „..ἡ δὲ πρότερον γαμηθεῖσα βοῦν ἐγκύμονα κατέθυσεν ἐκείνου νομοθετήσοντας“ (et si qua prius nupserit, bovem foetam immolare debet ex illius lege). — 2) Verstoßung der Frau: Plut. Rom. c. 22. „εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψατο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων· τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς“ (si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum eius partem uxoris fieri, partem Cereri sacram esse iussit. Qui autem venderet uxorem, diis inferis immolari). Schlesinger, Zeitschr. für Rechtsg. VIII. S. 58—62. — 3) Culpose Tödtung: **1582**. Serv. ad Bucol. IV. 43. „Sane in Numae legibus cantum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi et natis (ex coni. „agnatis“) eius in cautione (ex coni. „concione“) offerret arietem.“ — Cic. Top. c. 16.

**m)** Execution. — 1) Die Könige und Magistrate. — Liv. I. 26. (N. 1583.) Liv. II. 5. (Not. h. 2.) Dion. V. 8. — 2) Der pontifex maximus. — Liv. XXII. 57. (N. 1596.) — 3) Die Hausväter. — Liv. II. 41. (N. 1597.) Val. Max. V. 8. § 5. (N. 1598.)

## I. Die animadversio und coërcitio.

## § 189.

### A) Die Richtenden und deren Competenz. *)

1) Die Competenz. [a]) — 2) Die Richtenden: a) Der König und die Magistrate. [b]) — b) Die pontifices. [c]) — c) Der paterfamilias. [d]) — d) Der Ehemann. [e]) — 3) Die consilia der Richtenden. [f]) — 4) Die provocatio. [g]) — 5) Die duumviri perduellionis. [h])

*) Geib, Gesch. des röm. Criminalprocesses S. 14—96. Puchta, Cursus I. § 41. S. 124 ff. — Zumpt, Das Criminalrecht der röm. Republik I. 2. S. 41—134. — Walter § 828—832. Ihering I. S. 129 ff. Rubino S. 449 ff. Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. I. S. 121—141.

---

**a)** Die Competenz. — Von einer streng abgegränzten Competenz zwischen den zur Verhängung und Ausführung einer Strafe berechtigten Personen oder Gerichten kann in dieser ersten Periode nur in einem ganz beschränkten Sinne gesprochen werden. Wem ein imperium oder eine potestas zusteht, der kann jedes Verbrechen des unter seiner Gewalt Stehenden bestrafen. Aber bestimmte Strafen dürfen nur gewisse Personen oder Collegien verhängen und ausführen.

So kann der Vater jedes Verbrechen seines Sohnes strafen ohne in die Competenzgränze eines andern Richters unberechtigt überzugreifen. Aber er kann über seinen Sohn nicht verhängen die Strafe der consecratio capitis (wohl aber konnte der Vater das peculium consecriren), der aquae et ignis interdictio u. s. w. Wir sehen in dem Falle des Horatius, daß der Vater das Recht der väterlichen animadversio in Anspruch nimmt, und dennoch, mag man das Verbrechen des Horatius als perduellio oder parricidium auffassen, war sicher auch in beiden Fällen eine öffentliche Strafe durch andere Richter möglich.

**1583**. Liv. I. 26. „. . P. Horatio proclamante, se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse."
So hat Cassius noch in späterer Zeit kraft seiner väterlichen Gewalt das crimen affectati regni seines Sohnes mit dem Tode bestraft, während dasselbe Verbrechen mit consecratio capitis von Staatswegen bestraft wurde.

**1584**. Val. Max. V. 8. § 2. „Cassius filium, qui tribunus plebis agrariam legem primus tulerat . . . postquam illam potestatem deposuit, adhibito propinquorum et amicorum consilio, affectati regni crimine domi damnavit, verberibusque affectum necari iussit, ac peculium eius Cereri consecravit." Liv. II. 8. „Latae deinde leges . . ante omnes de provocatione adversus magistratus ad populum, sacrandoque cum bonis capite eius, qui regni occupandi consilia inisset." Plut. Poplic. 11. Dion. VII. 56. Cic. Phil. II. 44.
Wo freilich die Strafe eine eigentliche Sühne im Interesse der Religion ist, wird trotz der vom Vater gegen den Sohn erkannten und ausgeführten Strafe, wenn dessen Strafe nicht par noxiae war, immer noch die eigentliche Strafe zu verhängen sein. Denn, wenn z. B. der Vater seinen Sohn wegen Umpflügen der Gränzsteine verberibus gestraft hätte, würde dennoch auch zu erkennen sein, daß der Sohn und die boves sacri seien.

**1585**. Paull. Diac. v. Termino. „Denique Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse."
Die Möglichkeit eines solchen nachfolgenden Gerichts und einer nachträglichen Sühne der noxia zeigt die Notiz bei Festus v. Sororium sigillum. „Horatius . . . quamquam a patre absolutus sceleris erat, accusatus tamen parricidii apud Duumviros, damnatusque provocavit ad populum, cuius iudicio . . velut sub iugum missus . . . liberatus omni noxia sceleris est auguriis adprobantibus . ." Liv. I. 26.
Als allgemeinen Grundsatz kann man für diese Periode aufstellen, daß es bei der Sühne im Ganzen gleichgültig war, wer strafte, und es nur darauf ankam, daß gestraft wurde, also im wesentlichen, um es mit einem neueren Ausdruck zu bezeichnen, die Prävention entscheidend war.

**1586**. Val. Max. VI. 3. § 8. „Publicia . . item Licinia, quae . . viros suos veneno necaverant, propinquorum decreto strangulatae sunt. Non enim putaverunt severissimi viri in tam evidenti scelere tempus exspectandum." — Liv. Epit. LIV.

**b)** Die Richtenden. — a) Der König und die Magistrate. Rubino S. 132 ff. Becker-Marquardt II. 1. S. 334 ff.

1) Die Könige: — Ihering I. S. 254 ff. **1587**. fr. 2. § 1. D. de O. I. (1, 2.) „Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur." **1588**. fr. 2. § 16. D. eod. „Qui tamen (sc. consules) ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset." **1589**. Liv. I. 49. „. . cognitiones capitalium rerum, sine consiliis, per se solus exercebat; perque eam causam occidere, in exilium agere, bonis multare poterat" (sc. Tarquinius Superbus). **1590**. Dion. II. 14. „. . τῶν τε ἀδικημάτων τὰ μέγιστα μὲν αὐτὸν δικάζειν" (et de gravissimis iniuriis ipse cognosceret [sc. Romulus]). **1591**. Id. IV. 25. „. . τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις" (ipse quidem de criminibus ad rempublicam pertinentibus cognoscebat [sc. Servius Tullius]). — Beispiele des Verfahrens vor dem König: Liv. I. 40. Dion. II. 53. III. 73. Val. Max. I. 1. § 13.

2) Die Consuln. — **1592**. Dion. X. 1. „ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τά τ' ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα, καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις." (Sed imperio a regibus ad annuum consulum magistratum translato, inter cetera

regia officia, iuris quoque cognitio ad eos translata est.) Liv. II. 1. Cic. de rep. II. 82. — Beispiele des Verfahrens vor den Consuln: Val. Max. V. 8. § 1. Dion. V. 8. 9.

c) Die pontifices. — Geib S. 73 ff. Becker-Marquardt IV. S. 245 ff. Zumpt I. 1. S. 102 ff. Ihering I. S. 275 ff. **1593**. Paull. Diac. v. „Maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent, iudex sit vindexque contumaciae privatorum magistratuumque.“ **1594**. Fest. v. Ordo sacerdotum. „... Pontifex maximus, quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque.“ **1595**. Cic. de legg. II. 9. „Incestum pontifices supremo supplicio sanciunto.“ **1596**. Dion. II. 73. „καὶ γὰρ δικάζουσι (sc. ποντίφικες) οὗτοι τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν.“ (Etenim hi cognoscunt de omnibus causis ad sacra pertinentibus, et inter privatos et magistratus et deorum ministros.) — — „καὶ εἴ τινας αἴσθωνται μὴ πειθομένους ταῖς ἐπιταγαῖς αὐτῶν, ζημιοῦσι πρὸς ἕκαστον χρῆμα ὁρῶντες.“ (Et si quos animadvertant suis mandatis non parere, pro cuiusque delicti magnitudine eos multant.) — Liv. XXII. 57. „L. Cantilius scriba pontificis ... qui cum Floronia stuprum fecerat, a pontifice maximo eo usque virgis in comitio caesus est, ut inter verbera expiraret.“

d) Der paterfamilias. — Zumpt I. 1. S. 349 ff. Geib S. 82 ff. Ihering II. 1. S. 198 ff. Klenze, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VI. S. 21 ff. de Fresquet, Revue historique de Droit français. Paris 1859. p. 125 ss. Zumpt, Criminalr. der Römer I. 1. S. 349—354. — Val. Max. V. 8. § 2. (N. 1584.) **1597**. Liv. II. 41. „Quem (sc. Sp. Cassium), ubi primum magistratum abiit, damnatum, necatumque constat. Sunt qui patrem auctorem eius supplicii ferant. Eum cognita domi causa verberasse ac necasse, peculiumque filii Cereri consecravisse; signum inde factum esse, et inscriptum: ex Cassia familia datum. Invenio apud quosdam, idque propius fidem est, a quaestoribus Caesone Fabio et L. Valerio diem dictam perduellionis; damnatumque populi iudicio; dirutas publice aedes: ea est area ante Telluris aedem. Ceterum sive illud domesticum, sive publicum fuit iudicium, damnatur Ser. Cornelio, Q. Fabio consulibus.“ **1598**. Val. Max. V. 8. § 5. „.. A. Fulvius.. iuvenem.. pravo consilio amicitiam Catilinae secutum.. supplicio mortis affecit, praefatus: Non se Catilinae illum adversus patriam, sed patriae adversus Catilinam genuisse.“ Sall. Catil. 39. Dion. VIII. 79.

e) Der Ehemann. — Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern S. 62—64. 103 ff. Dirksen, Versuche S. 296. Hasse, Güterrecht der Ehegatten § 49. Abegg, De antiquissimo Romanorum iure criminali p. 69 ss. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts I. S. 512—14. M. Voigt, Die lex Maenia de dote S. 27 ff. Besonders S. 29. Not. 48. Klenze a. a. O. S. 22 ff. Geib S. 86 ff. Zumpt I. 1. S. 354 ff.

**1599**. Dion. II. 25. „ἁμαρτάνουσα δέ τι, δικαστὴν τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κύριον. ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καὶ.. εἴ τις οἶνον εὑρεθείη πιοῦσα γυνή... φθορὰν μέν, ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας· μέθην δέ, φθορᾶς.“ (Si qua autem in re deliquisset, ipsum [sc. maritum] qui iniurias passus erat, iudicem habebat poenaeque magnitudinis arbitrum. De his vero cognoscebant ipsi cognati cum viro, ubi violata esset pudicitia et.. si quam mulierem vinum bibisse constitisset... quia stuprum desperatae audaciae, ebrietatem vero stupri originem esse iudicavit.) **1600**. Liv. XXXIX. 18. „Mulieres damnatas cognatis, aut in quorum manu essent, tradebant, ut ipsi in privato animadverterent.“ **1601**. Gell. X. 23. „Vir, quum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est; imperium, quod videtur, habet; si quid perverse tetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur... In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine iudicio impune necares.“ — Ueber diese vielbesprochene Stelle

vergl. Geib S. 87. und die dort Citirten. Rein S. 418. Not. 2. Voigt, Die lex Maenia de dote S. 24. Not. 37.

**f)** Die consilia der Richtenden. — Daß das ius animadvertendi des Königs, der Magistrate, der pontifices oder der Hausväter nur unter einer bestimmten Form habe ausgeübt werden können, ist eben so unwahrscheinlich, als unerweisbar. **1602.** Liv. I. 50. „..dixisse enim: Nullam breviorem esse cognitionem, quam inter patrem et filium, paucisque transigi verbis posse: ni pareat patri, habiturum infortunium esse." Die bei Entscheidungen dieser Personen zugezogenen consilia sind keine Richter, sondern nur willkürlich beigezogene Rathgeber ohne entscheidende Stimme, und sind wesentlich zu dem Zwecke zugezogen, der öffentlichen Meinung gegenüber den Richtenden zu rechtfertigen und gegen den Verdacht dolosen Handelns sicher zu stellen. **1603.** Val. Max. V. 8. § 3. „T. Manlius Torquatus.. in consimili facto ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit." **1604.** Paull. Diac. v. „Parrici quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, sed qualemcunque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numae Pompilii regis his composita verbis: Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto." Aber auch selbst zu diesem Zwecke zog man Rathgeber dann nicht zu, wenn das zu bestrafende facinus ein manifestum war. Gell. X. 23. (N. 1540.) Macrob. Sat. I. 4. (§ 187. Not. 5.) — Was das consilium des Königs anlangt, so haben wir eben so viele Beispiele, daß die Könige ohne dasselbe, als daß sie mit einem solchen auf Strafen erkannten. Daß sie zu ihrem consilium Senatoren zuzogen, wenn sie sich eines consilium bedienen wollten, ist in dem Verhältnisse des Königs zum Senate leicht erklärlich. — Liv. I. 40. Dion. II. 53. III. 26. 73. Val. Max. I. 1. § 13. Becker-Marquardt II. 1. S. 335. In ganz gleicher Weise verhielt sich die Jurisdiction der Consuln bis zu den Valerischen Gesetzen. Dion. V. 9. Cic. de rep. II. 32. Liv. II. 1. In Fällen, in denen wegen eines Verbrechens auch Beschlüsse gefaßt werden mußten über staatliche Angelegenheiten, wurde die ganze Sache an den Senat gewiesen, also auch die Entscheidung über die Strafe der Verbrecher. Fälle der Art z. B. bei Liv. II. 4. 5. VI. 19. Dion. V. 55—57. Auch bei den pontifices war das collegium pontificum bei der animadversio des pontifex maximus nichts als eine zu Rathe gezogene Versammlung der pontifices. Cic. de harusp. resp. 7. Geib S. 78 ff. In gleicher Weise zieht der Vater, wenn er in filium animadvertere wollte, die allerverschiedensten Personen zu, um sich gegen den Vorwurf der Ungerechtigkeit zu schützen, keineswegs aber um diesen Personen eine entscheidende Stimme zu gewähren. Val. Max. V. 8. § 3. Id. V. 8. § 2. (N. 1584.) **1605.** Id. V. 9. § 1. „L. Gellius... cum gravissima crimina de filio, cum noverca commissum stuprum et parricidium cogitatum, propemodum explorata haberet; non tamen ad vindictam procucurrit continuo, sed paene universo senatu adhibito in consilium, expositis suspicionibus, defendendi se adolescenti potestatem fecit. Inspectaque diligentissime causa, absolvit eum de consilii, tum etiam sententia sua. Quod si impetu irae abstractus saevire festinasset, admisisset magis scelus, quam vindicasset." (Ihering II. 1. S. 202 ff.) In gleicher Weise verhielt es sich mit der Gewalt der Ehemänner über die Frauen in manu, wobei natürlich die Verwandten der Frau und des Mannes das consilium bildeten. Dion. II. 25. (N. 1599.) Liv. XXXIX. 18. (N. 1600.) Gell. X. 23. (N. 1601.). **1606.** Tac. Ann. XIII. 32. „Pomponia Graecina.. Plautio nupta ac superstitionis externae rea, mariti iudicio permissa, isque prisco instituto propinquis coram de capite famaque coniugis cognovit et insontem nuntiavit." Ihering II. § 32a S. 199 ff.

Nicht mit diesen Fällen zu verwechseln sind diejenigen, in denen Frauen, die weder in väterlicher, noch ehemännlicher Gewalt stehen, durch Beschluß (decretum) der Familienglieder (propinqui, cognati) bestraft werden. — **1607.** Suet. Tib. 35. „Matronas prostratae

pudicitiae, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more maiorum de communi sententia coërcerent, auctor fuit." **1608.** Plin. Hist. nat. XIV. 13. „Fabius Pictor in annalibus suis scripsit, matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a suis inedia mori coactam." Val. Max. VI. 3. § 8.

**g)** Die provocatio. — Die provocatio vor den Valerischen Gesetzen: Niebuhr I. S. 382. 591. Huschke, Verf. des Serv. S. 584. Geib S. 152 ff. Rubino S. 435—440. Schwegler I. S. 594 ff. II. S. 176. und die dort Not. 1. Citt. — Ihering I. S. 256. 257. Zumpt I. S. 78 ff. Wöniger, Das Sacralsystem und das Provocationsverfahren der Römer S. 237 ff. Rudorff II. S. 329. Köstlin, Die Perduellio unter den röm. Königen S. 82 ff. Mommsen, Röm. Staatsr. I. S. 122 ff.

**1609.** Liv. I. 26. „Duumviros, inquit, qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio. Lex horrendi carminis erat: Duumviri perduellionem iudicent. Si a Duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito. Verberato vel intra pomoerium, vel extra pomoerium. Hac lege Duumviri creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, quum condemnassent, tum alter ex his, P. Horati, tibi perduellionem iudico, inquit, I lictor, colliga manus. Accesserat lictor, iniiciebatque laqueum; tum Horatius, auctore Tullo, clemente legis interprete, Provoco, inquit. Ita de provocatione certatum ad populum est." — Id. VIII. 33. **1610.** Val. Max. VIII. 1. § 1. „M. Horatius interfectae sororis crimine a Tullo rege damnatus, ad populum provocato iudicio, absolutus est." **1611.** Fest. v. Sororium tigillum: „.. Horatius interfecit eam (sc. sororem); et quamquam a patre absolutus sceleris erat, accusatus tamen parricidii apud Duumviros, damnatusque provocavit ad populum .." **1612.** Cic. de rep. II. 31. „Provocationes autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales." Senec. Epist. 108. **1613.** fr. 2. § 16. D. de O. I. (1, 2.). „Qui tamen (sc. consules) ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset." Dion. V. 19.

**h)** Die duumviri perduellionis. — Zumpt I. S. 92 ff. Geib S. 59 ff. Köstlin a. a. O. S. 65 ff. Rubino S. 310 ff. Lange I. § 52. N. 3. Mommsen a. a. O. I. S. 123. — Liv. I. 26. (N. 1609.) Id. VI. 20. Cic. pro C. Rabir. 4. 5.

## § 190.

### B) Das Verfahren.*)

*) Walter § 828—833. Geib, Gesch. des röm. Criminalprocesses S. 14—168. Mommsen, Röm. Staatsrecht Bd. I. S. 104. 121—141.

1) Die animadversio der Hausväter in den s. g. Familiengerichten (iudicia domestica). — Geib a. a. O. S. 82 ff. S. 90 ff.

a) Bei Hauskindern. — Von einer Form des Verfahrens bei Ausübung des väterlichen Strafrechts, wie überhaupt bei Ausübung der animadversio, findet sich der Natur des Verhältnisses gemäß keine Spur. Es hat Klenze in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. VI. S. 21 ff. für die Ausübung der animadversio der Hausväter bestimmte Gerichte (Familiengerichte) und ein bestimmtes Verfahren in denselben angenommen, allein sicher mit Unrecht. (S. auch oben S. 192.) Er hat sich zum Beweise dieser Annahme vorzugsweise auf folgende Stellen berufen:

**1614.** Val. Max. V. 8. § 2. „..Cassius filium, qui tribunus plebis agrariam legem

primus tulerat... postquam illam potestatem deposuit, adhibito propinquorum et amicorum consilio adfectati regni crimine domi damnavit verberibusque adfectum necari iussit ac peculium eius Cereri consecravit."

**1615.** Id. V. 8. § 3. „.. Manlius Torquatus... in consimili facto ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit... deinde... domi consedit solusque utrique parti per totum biduum vacavit, ac tertio plenissime die diligentissimeque auditis testibus ita pronunciavit: Cum Silanum filium meum pecunias a sociis accepisse probatum mihi sit, et e republica eum et domo mea indignum iudico, protinusque e conspectu meo abire iubeo." (Hierzu oben S. 183.)

**1616.** Id. V. 9. § 1. „L. Gellius omnibus honoribus ad censuram defunctus, cum gravissima crimina de filio, in novercam commissum stuprum et parricidium cogitatum, propemodum explorata haberet, non tamen ad vindictam continuo procucurrit, sed paene universo senatu adhibito in consilium expositis suspicionibus defendendi se adulescenti potestatem fecit, inspectaque diligentissime causa absolvit eum cum consilii tum etiam sua sententia. Quod si impetu irae abstractus saevire festinasset, admisisset magis scelus quam vindicasset."

Aus diesen Stellen ergibt sich aber 1) daß es nicht nothwendig war, Verwandte zum consilium zuzuziehen, ja überhaupt, daß es nur rathsam war, namentlich bei todeswürdigen Verbrechen, einen Kreis von Personen zuzuziehen, vor denen der Vater seine Strenge rechtfertigte. Tödtete der Vater das Hauskind grundlos, so war auch der Vater parricida. (Fest. v. Parrici. § 187. N. 1548.) Denn wenn L. Gellius selbst bei den so dringenden Verdachtsgründen den Sohn getödtet hätte, hätte er ein scelus begangen. (N. 1616.) Ob der Vater aber einen solchen Kreis zuziehen wollte oder nicht, stand in seiner Willkür, [Val. Max. V. 8. § 3. N. 1615.] ganz so wie auch bei civilrechtlich zweifelhaften Fragen ein consilium cognatorum et amicorum zugezogen wurde, wo man der Unbefangenheit des eigenen Urtheils mißtraute. (Voigt, Ius naturale III. 1. S. 246.) — 2) Daß der Vater Zeugen abgehört habe und überhaupt den Fall sorgsam untersuchte, wird nicht als ein nothwendiges Verfahren, als etwas was der Form wegen nicht unterbleiben durfte, dargestellt, sondern als etwas was der rühmenden Erwähnung werth sei. 3) Endlich ergibt sich aus diesen Stellen, daß dieß Verfahren regelmäßig domi vor sich ging, also recht eigentlich als häusliche Angelegenheit angesehen wurde, obgleich auch dabei die Frage mit in's Spiel kam, ob die Verurtheilung e republica sei. (Val. Max. V. 8. § 3. N. 1615.)

Man hat vielfach auch ein väterliches Strafrecht über emancipirte Kinder angenommen wegen der sehr verschieden erklärten Stelle bei **1617.** Cic. de fin. I. 7. „T. Torquatus is, qui consul cum Cn. Octavio fuit, quum illam severitatem in eo filio adhibuit, quem in adoptionem D. Silano emancipaverat, ut eum, Macedonum legatis accusantibus, quod pecunias praetorem in provincia cepisse arguerent, caussam apud se dicere iuberet, reque ex utraque parte audita, pronuntiaret, cum non talem videri fuisse, quales eius maiores fuissent, et in conspectum suum venire vetuit." Geib a. a. O. S. 86. Not. 18. verzweifelt, daß diese Stelle befriedigend erklärt werden könne. Ich denke, daß sie auf folgende Weise sich ziemlich einfach erklärt: Cicero will Beispiele anführen, daß Jemand das ius maiestatis et imperii der väterlichen Liebe vorziehen könne. Er führt dafür das Beispiel des Torquatus an, der Consul mit Octavius gewesen sei und seinen emancipirten Sohn verurtheilt habe, indem — wie offenbar der Gedankengang Cicero's ist — auch dieser das ius maiestatis et imperii der väterlichen Liebe vorgezogen habe. Er strafte ihn daher nicht als Vater, sondern als Consul. So aufgefaßt scheint mir in der Stelle nichts Besonderes zu liegen, das sich jeder Erklärung entzöge.

b) Bei der Frau. — Die Frau in manu war filiae loco d. h. ihre vermögensrechtliche Stellung der filiafamilias gleich; in ihrer persönlichen Stellung dagegen ist

sie materfamilias. Das Gewaltverhältniß des Ehemannes über ihre Person ist daher nicht ohne weiteres aus jener Stellung derselben als filiae loco zu entnehmen. Für das Strafrecht des Ehemannes (coërcitio) und das dabei einzuhaltende Verfahren haben sich more maiorum bestimmte Grundsätze festgestellt.

**1618.** Suet. Tib. c. 35. „Matronas prostratae pudicitiae, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui more maiorum de communi sententia coërcerent, auctor fuit."

**1619.** Tac. Ann. XIII. 32. „Pomponia Graecina ... Plautio nupta ac superstitionis externae rea, mariti iudicio permissa, isque prisco instituto propinquis coram de capite famaque coniugis cognovit et insontem nuntiavit."

**1620.** Dion. II. 25. „.. ἁμαρτάνουσα δέ τι, δικάστην τὸν ἀδικούμενον ἐλάμβανε καὶ τοῦ μεγέθους τιμωρίας κύριον, ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον." [Si qua autem in re deliquisset, ipsum qui iniurias passus est, iudicem habebat, poenaeque magnitudinis arbitrum, de his vero cognoscebant ipsi cognati cum viro.]

**1621.** Gell. X. 23. „Verba Marci Catonis adscripsi ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: Vir, inquit, cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium, quod videtur, habet; si quid perverse taetreque factum est a muliere, multitatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condempnatur. — In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine iudicio impune necares."

(Ueber die Erklärung dieser vielbesprochenen Stelle vergl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 177. Not. 254. Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern S. 62. Not. *).

Es ist kein Grund vorhanden, das Strafrecht des Mannes bei Ehe mit manus und bei Ehe ohne manus als verschieden anzunehmen, denn in der mütterlichen und eheweiblichen Stellung ist zwischen der Frau in manu und der Frau in s. g. freier Ehe kein Unterschied. Die Stellen, die von dem Strafrecht des Mannes sprechen, legen auf diesen Umstand kein Gewicht. (Wenn Geib a. a. O. S. 36 ff. das Strafrecht des Ehemannes aus der manus ableitet, so ist dieß weder aus den Quellen zu entnehmen, noch aus dem Umstande, daß die Frau in vermögensrechtlicher Beziehung filiae loco war, denn in jeder persönlichen Beziehung war sie dieß nicht.) Dagegen waren hierbei more maiorum v. prisco instituto besondere Bestimmungen maßgebend: 1) Die propinqui sind hierbei nothwendig beizuziehen, und diese sind, wie Dionysius bezeugt, die συγγενεῖς, die Verwandten, und zwar die beiderseitigen, die des Mannes und die der Frau. Denn unter „propinqui" sind Cognaten und affines gleichmäßig verstanden. [c. 20. C. Th. de episcop. (16, 2.)] — 2) Der Mann fällt hierbei die Sentenz nicht ex arbitrio suo, sondern pronuntiirt den Beschluß der propinqui (de communi sententia coërcet).

2) Die animadversio der pontifices. — Niebuhr, Gesch. I. S. 362. Hüllmann, Ius pontificium S. 132 ff. Rudorff II. S. 327. 328. Geib a. a. O. S. S. 73—82. Walter § 832. und § 150.

Es ist hierbei gewiß mit Geib anzunehmen, daß sich die animadversio der pontifices über priesterliche Personen und nur auf Verbrechen sacraler Natur erstreckte. (Geib S. 74. 75.) Zweifelhafter ist es, ob ein eigentliches Verfahren vor dem collegium pontificum stattfand. Es finden sich Beispiele, daß der pontifex maximus allein ohne Zuziehung des Collegiums eine Strafe verhängt, und eben so Beispiele, daß er pro collegii sententia das Urtheil sprach.

**1622.** Seneca Contr. I. 2. „Castigationem ex pontificis maximi arbitrio meruerat sacerdos, si te e lupanari redemisset."

**1623.** Val. Max. I. 1. § 6. „..P. Licinio pontifici maximo virgo Vestalis, quia quadam nocte parum diligens aeterni ignis custos fuisset, digna visa est quae flagro admoneretur."

**1624.** Liv. IV. 44. „...absolutam (sc. virginem Vestalem) pro collegii sententia pontifex maximus abstinere iocis .. iussit."

**1625.** Liv. VIII. 15. „Eo anno Minucia Vestalis, suspecta primo propter mundiorem iusto cultum, insimulata deinde apud pontifices ab indice servo; quum decreto eorum iussa esset sacris abstinere, familiamque in potestate habere; facto iudicio, viva sub terram, ad portam Collinam dextra via strata defossa."

Wann das eine oder das andere Verfahren eintrat und ob es in gewissen Fällen eintreten mußte, namentlich ob letzteres dann nothwendig war, wenn härtere Strafen verhängt wurden, ist mit Sicherheit nicht zu bestimmen. (Liv. XXII. 57. Dion. VIII. 89. IX. 40.) Wahrscheinlich ist es, daß es nur rathsam war, das collegium pontificum zuzuziehen, um sich der Gehässigkeit eines harten Urtheils zu entziehen. Cic. de harusp. c. 7.

3) Die animadversio des Königs und der Magistrate.

a) Der Könige. — Göttling, Röm. Staatsverf. S. 158. Rubino a. a. O. I. S. 430 ff. Köstlin, Die perduellio S. 85 ff. Geib a. a. O. S. 14—22. Schwegler, Röm. Gesch. Bd. III. S. 2. Zumpt, Criminalrecht der Römer I. 1. S. 121—134.

Daß den Königen in ältester Zeit eine Strafgewalt in fast ungemessenem Umfange zustand, wird übereinstimmend bezeugt, namentlich daß sie ex arbitrio, also ganz im Wesen der animadversio, mit Rücksicht auf das, was „e republica" sei, judicirten. (Dion. IV. 25. „πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον ἐδίκαζον.") Daß auch die Könige vielfach den Senat bei ihren Urtheilen thatsächlich zuzogen, beweist nicht, daß dieß zur Gültigkeit und Form ihrer Urtheile nothwendig war. (Liv. I. 49. Val. Max. I. 1. § 13.) Ja selbst die Strafgewalt, die später der pontifex maximus über die Diener der Religion ausübte, stand anfänglich dem Könige zu. (Rubino, Röm. Verf. S. 211. 212. Dion. III. 67. Zonar. VII. 8.) Eine Gränze der Strafmittel gab es für den König nicht, er erkannte Leibes- und Lebensstrafen und eben so Geldstrafen. (Cic. de rep. II. 9. „..multae dictione ovium et bovum...non vi et suppliciis coërcebat [sc. Romulus].") Die Form des Verfahrens ist unbekannt.

b) Der Magistrate. — Geib a. a. O. S. 22—30. Mommsen a. a. O. I. S. 122 ff.

Auch den Consuln stand kraft ihres imperium anfangs dasselbe Recht zu, zu animadvertiren, wie den Königen. (Dion. X. 1. „ὡς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τά τ' ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα, καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις." [Sed imperio a regibus ad annuum consulum magistratum translato, inter cetera regia officia, iuris quoque cognitio translata est.]) So wenig für die Könige eine Beschränkung hinsichtlich des Maßes ihrer Strafen angenommen werden kann, eben so wenig ist eine solche für das Strafrecht der Consuln gegeben. **1626.** (Cassiodor Var. VI. 1. „ius dicebat [sc. consul] etiam capiti.") Liv. II. 4. 5. Dion. V. 8. 9. 13. **1627.** Val. Max. V. 8. § 1. „L. Brutus..filios suos..pro tribunali virgis caesos et ad palum religatos securi percuti iussit."

In wie weit schon in ältester Zeit durch provocatio ad populum die letzte Entscheidung durch den populus über die vom Könige erkannte Strafe durch einen Act begnadigender Entscheidung moderirt werden konnte, läßt sich mit voller Bestimmtheit nicht nachweisen. Wöniger (Das Sacralsystem und die Provocation der Römer S. 239. 240.) hat die Stellen zusammengestellt, die für die Zulässigkeit der Provocation und gegen dieselbe sprechen. Dafür sprechen: Liv. I. 26. VIII. 33. Val. Max. VIII. 1. § 1. Fest. v. Sororium tigillum. Cic. de rep. II. 31. Seneca Epist. 108. Dagegen spricht direct fr. 2. § 16. D. de O. I. (1,2.) von Pomponius, und indirect sprechen dagegen die Stellen, welche die Provocationsbefugniß erst mit der Republik entstehen lassen: Flor. I. 9. Cic. de orat. II. 48.

Dion. V. 19. Die Stellen lassen sich, wie mir scheint, dadurch vereinigen, daß man annimmt, die provocatio sei zwar zur Zeit der Könige schon vorgekommen, aber unter andern Voraussetzungen, als zur Zeit der Republik. Wir haben zwar das bekannte Beispiel des Horatius unter Tullus Hostilius, daß eine provocatio vorgekommen sei, aber sie war nicht gegen den Ausspruch des Königs gerichtet, sondern gegen das Urtheil der duumviri perduellionis. Ob es nun, wie Mommsen (a. a. O. I. S. 122.) annimmt, der Träger des imperium nur vermied seinen Spruch der Cassation zu unterwerfen, oder ob es nicht möglich war gegen seinen Spruch zu provociren, ist mindestens zweifelhaft. Ich möchte nach der Darstellung bei Liv. I. 26. eher das letztere annehmen, indem nach dessen Darstellung die clementia des Königs eben darin bestanden zu haben scheint, daß er die provocatio möglich machte, indem er duumviri perduellionis ernennt. Daraus läßt sich schließen, daß, wenn er diese nicht ernannt hätte, gegen seinen eignen Ausspruch die provocatio nicht möglich gewesen wäre. (N. 1628.) Rudorff II. S. 329. Not. 35. A. M. Ihering I. S. 257. Not. 159.

An der Darstellung des Pomponius, daß diese Unzulässigkeit einer provocatio gegen den Spruch des Königs für die Consuln nicht bestanden habe, läßt sich nicht zweifeln:

**1628.** fr. 2. § 16. D. de O. I. (1, 2.) „Qui tamen (sc. consules) ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab iis provocatio esset, neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi; solum relictum est illis, ut coërcere possent et in vincula publica duci iuberent.“

Es würde hiernach die Veränderung darin bestanden haben, daß die Könige die provocatio gestatten konnten, die republikanischen Magistrate sie aber gestatten mußten. (Mommsen a. a. O. I. S. 123.) Die Form, unter welcher die Könige sie gestatten konnten, war aber dieselbe auch bei den Magistraten mit imperium, obgleich sie dieselbe gestatten mußten, d. h. auch die republikanischen Magistrate certiren bei der provocatio nicht selbst mit der Bürgerversammlung, sondern die Magistate mit imperium lassen sich, wie die Könige durch die duumviri perduellionis vertreten wurden, durch die Quästoren vertreten, die für die res capitales deputirt sind. Weil sie aber die provocatio ad populum gestatten mußten, so wurden deßhalb niedere Magistrate (quaestores) ernannt, wie Pomponius ausdrücklich erwähnt.

**1629.** fr. 2. § 23. D. de O. I. (1, 2.) „Et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea Quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent; hi appellabantur Quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum.“

Der Schluß, den Pomponius macht, ist offenbar folgender: Magistrate mit höchstem imperium brauchen sich keiner provocatio zu unterwerfen, also auch dann nicht, wenn sie de capite civis entschieden. Ein Gesetz will aber in solchen Capitalsachen die provocatio gestatten, es bleibt also kein anderer Ausweg, als niedern Magistraten, von denen die provocatio zulässig ist, diese Capitalsachen zuzuweisen. Immer unterschied sich aber die Befugniß der republikanischen Magistrate dadurch von der des Königs, daß, während dieser duumviros facit, den republikanischen Magistraten Stellvertreter durch Volkswahl gegeben werden. (Liv. I. 26. „Duumviros.. secundum legem facio.“ fr. 2. § 23. D. cit. „Quaestores constituebantur a populo.“) (Die Annahme Zumpt's, Criminalrecht der Römer I. 1. S. 93., daß die duumviri perduellionis in dem Horatianischen Processe durch die Curiatcomitien gewählt worden wären, scheint mir durch die von ihm angeführten Gründe nicht genügend erwiesen. Schwegler, Röm. Gesch. II. S. 140.)

Die multae. — (Bruns, Ztschr. für Rechtsgesch. III. S. 344 ff. Karlowa, Der röm. Civilproc. zur Zeit der Legisactionen S. 64 ff. Das Provocationsrecht, das ursprünglich nur bei Capitalstrafen (de capite civis) gestattet war, worunter vielleicht schon von je auch Leibesstrafen mitverstanden waren (Mommsen a. a. O. I. S. 123. Not. 2.), wurde später auch auf Geldstrafen über eine gewisse Höhe hinaus zugelassen,

gleichviel ob diese Multen nur Surrogate anderer Strafen waren oder gesetzlich überhaupt nur Geldstrafe zulässig war. Erst die lex Aternia Tarpeia (v. J. 300 u. c.) setzte ein Maximum für die multae fest, von 2 Schafen und 30 Rindern (multa suprema), auf welches erst in stufenweiser Steigerung erkannt werden sollte. Walter II. § 820. Zumpt, Criminalrecht I. 1. S. 313 ff. Nach Schwegler (a. a. O. II. S. 612. Not. 1.) soll sogar das Zeitwort „multare" nach seiner ursprünglichen Bedeutung herkommen von: „hinzufügen, vervielfältigen", und so der Ausdruck „multa" selbst auf eine stufenweise Steigerung hinweisen. Die Mult begann mit Einem Schafe und stieg bis zur suprema. (Gell. XI. 1. „..ei unum ovem multam dico.") **1630.** Plin. H. N. XVIII. 3. „multatio non nisi ovium boumque inpendio dicebatur, non omittenda priscarum legum benevolentia: cautum quippe est, ne bovem prius, quam ovem nominaret, qui indiceret multam." Bis zu diesem Maximum konnte der Consul unbeschränkt animadvertiren, gegen höhere Strafen war irrogare multam nöthig. Bruns a. a. O. S. 352 ff.

**1631.** Cic. de rep. II. 35. „gratam illam legem quarto circiter et quadragesimo anno post primos consules de multae sacramento Sp. Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt. Annis post ea XX ex eo quod L. Papirius, P. Pinarius censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicam averterant, levis aestimatio pecudum in multa lege C. Iulii P. Papirii consulum constituta est." **1632.** Dion. X. 50. „..νόμον ἐκύρωσαν ἵνα ταῖς ἀρχαῖς πάσαις ἐξῇ τοὺς ἀποσμοῦντας, ἢ παρανομοῦντας εἰς τὴν ἑαυτῶν ἐξουσίαν ζημιοῦν· τέως γὰρ οὐχ ἅπασιν ἐξῆν, ἀλλὰ τοῖς ὑπάτοις μόνοις. τὸ μέντοι τίμημα οὐκ ἐπ' αὐτοῖς τοῖς ζημιοῦσιν ὁπόσον θεῖναι δοκεῖ κατέλιπον, ἀλλ' αὐτοὶ τὴν ἀξίαν ὥρισαν, μέγιστον ἀποδείξαντες ὅρον ζημίας· δύο βόας καὶ τριάκοντα πρόβατα." [... legem tulerunt: licere omnibus magistratibus eos multare, qui facinus aliquod insolens, aut iniquum, praeter disciplinam ac leges reipublicae in suam potestatem admisissent; nam ad illam usque diem non omnibus, sed solis consulibus id licebat. Multae tamen modus non ipsorum arbitrio permissus est, sed ab illis praefinitus; ne scilicet maxima multa duos boves et triginta oves excederet.] Richtiger sind die Nachrichten, nach denen zwei Schafe und dreißig Rinder die suprema multa bilden. **1633.** Gell. XI. 1. „Coniectare autem possumus ob eandem causam, quod Italia tunc esset armentosissima, multam, quae appellatur „suprema", institutam in dies singulos duarum ovium, boum triginta, pro copia scilicet boum proque ovium penuria. Sed cum eiusmodi multa pecoris armentique a magistratibus dicta erat, adigebantur boves ovesque alias pretii parvi, alias maioris, eaque res faciebat inaequalem multae poenitionem. Idcirco postea lege Aternia constituti sunt in oves singulas aeris deni, in boves aeris centeni. „Minima" autem multa est ovis unius. „Suprema" multa est eius numeri, cuius diximus, ultra quem multam dicere in dies singulos ius non est, et propterea „suprema" appellatur, id est summa et maxima."

Durch die lex Iulia Papiria (324 u. c.) wurde das Vieh nach Geld taxirt, das Schaf zu 10 und das Rind zu 100 asses, so daß jetzt die suprema multa 3020 asses (216 Thlr.) beträgt. Cic. de rep. II. 35. (N. 1631.) Liv. IV. 30. „Legem de multarum aestimatione . . ipsi (sc. coss. L. Papirius Crassus, L. Julius) praeoccupaverant ferre." Schwegler a. a. O. II. S. 610. Not. 1. Wie sich zu diesen Notizen die von Festus v. Peculatus erwähnte lex Menenia Sestia (302 u. c.) verhält, welche nach Festus die höchste Mult auf 2 Schafe und 30 Rinder festgesetzt habe, ist zweifelhaft. Rein (Pauly's Real-Encyclop. V. S. 194.) nimmt an, daß die lex Aternia Tarpeia nur das Multirungsrecht auf alle Magistrate ausgedehnt (Dion. X. 50. N. 1632.), die lex Menenia Sestia aber die Gränze des Strafmaximum's festgestellt habe und endlich die lex Papiria die Schätzung des Viehes nach Geld einführte. A. M. Lange, Röm. Alterth. I. S. 456. Zumpt, Crim.-Recht I. 1. S. 325 ff. Mommsen, Gesch. des röm. Münz-

wesens S. 175. hält sowohl die lex Aternia Tarpeia, als auch die lex Menenia Sestia geradezu für Erfindungen späterer Zeit.

Als später durch Gesetze Geldstrafen auf bestimmte Vergehen gesetzt wurden, sollten diese dennoch nie die Hälfte des Vermögens des zu Bestrafenden übersteigen (minoris partis pecuniae multae multare liceto. Bruns, Fontes p. 35. 13. Mommsen, Die unterital. Dialecte S. 156 ff.). Sie wurden entweder zum Besten des Aerar's eingezogen (in publicum redigere) oder einem bestimmten Tempelgut zugewiesen (in sacrum iudicare). **1634**. Fragm. Tudertinum. (Bruns l. c. p. 90. „[Si quis quid adversus hanc rogationem egerit fecerit] sciens dolo malo, ei multa esto HS. X, eiusque pecuni[ae qui volet magistratus petitio esto . . eamque pecuniam vel] populi iudicio petere vel in sacrum iudicare liceto.") — [Nach Rein a. a. O. V. S. 197. ist in sacrum iudicare = legis actione sacramenti klagen, wenn es von Einklagung der multa durch Private gebraucht sei.] Pseudo-Ascon. (ed. Orelli p. 209.) „Sensus hic est, ita Verrem in causa bona tamen praedatum, quasi minus damni esset, si Dionem Erycinae Veneri addicere voluisset." (Mommsen, Die Stadtrechte v. Salpensa S. 443. Not. 153.) Fest. v. Publica pondera. „. . . cum quis volet magistratus multare, dum minore parti familiae taxat, liceto; sive quis in sacrum iudicare voluerit, liceto." (Aus der lex Silia über die Maße der Gefäße.) (Rein in der Real-Encyclop. V. S. 196. Rudorff II. S. 420.) — Wo Privaten mittelst actio popularis gestattet war auf eine Mult zu klagen (multae petitio), geschah dieß mittelst legis actio sacramenti und das sacramentum betrug die Höhe der Mult (multae sacramentum). **1635**. Lex Iul. munic. l. 97. (Bruns l. c. p. 81.) „Qui eorum ex eis, qui suprascripti sunt, adversus ea fecerit, is sestertios . . populo dare damnas esto, eiusque pecuniae qui volet petitio esto." Lex Mamilia LV. (Bruns l. c. p. 89.) — Rein a. a. O. V. S. 197. 198. — Wo in Folge der multae certatio in den Comitien verhandelt wurde, lautete das Urtheil darauf, daß die multa iusta oder iniusta sei. Cic. de legg. III. 3. Liv. XL. 52. Lex Malac. c. 66. Hatte das Volk geurtheilt, daß die multa iniusta sei, so trat remissio multae ein. Liv. XXXVII. 51. XL. 42. Cic. Phil. XI. 8. Die multa iusta wurde durch die multirenden Magistrate, so lange die multae noch in Vieh bestanden, weggenommen (adigebantur boves ovesque. Gell. XI. 1.). Die Geldstrafen wurden von den Magistraten durch Pfändung (pignoris capio) und andere Executionsmittel beigetrieben. Liv. XXXVII. 51. **1636**. fr. 9. § 6. D. ad leg. Iul. pecul. (48, 13.) „. . pecuniam is, qui hoc imperio utitur, exigeret, id est pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo." (Bruns a. a. O. S. 350 ff.) Walter § 861.

Innerhalb der suprema multa kann der Magistrat die multa noch ex arbitrio zudictiren (multam dicere). In Folge der provocatio kann es auch hier zur multae certatio beim Volke kommen. (Bruns a. a. O. S. 349 ff.) Will der Magistrat über dieses Maß hinaus eine Geldstrafe verhängen, die noch nicht durch Gesetz fixirt war, so kann er diese beim Volke nach seinem Ermessen beantragen (multam irrogare). (Bruns a. a. O. S. 352 ff.)

## II. Das eigentliche Strafverfahren bei poenae.

### § 191.

### A) Das Verfahren in den Volksgerichten.*)

*) Walter II. § 829. 848. Rudorff II. § 100. Geib a. a. O. S. 30 ff. Eisenlohr, Die prov. ad populum S. 9 ff. Zumpt, Criminalrecht der Römer I. 1. S. 151 ff.

1) Die Provocationsgesetze. — Walter § 40. 51. 104. Eisenlohr a. a. O. S. 16 ff. S. 86 ff. Rudorff II. S. 331. 332. Geib a. a. O. S. 152—168. Mommsen, Röm. Staatsrecht. S. 122 ff Becker-Marquardt, Röm. Alterth. II. 3. S. 147 ff.

1) Die lex Valeria v. J. 245 u. c. **1637**. Liv. II. 8. „..ante omnes (sc. P. Valerius) de provocatione adversus magistratus ad populum sacrandoque cum bonis capite eius, qui regni occupandi consilia inisset, gratae in vulgus leges fuere.“ **1638**. Liv. III. 20. „Omnes, id iussuros, quod consules vellent: neque enim provocationem esse longius ab urbe mille passuum.“ **1639**. Cic. de rep. II. 31. „Idemque, in quo fuit publicola maxime, legem tulit eam, quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret.“ **1640**. Dion. V. 19. „Ἐάν τις ἄρχων Ῥωμαίων τινὰ ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν ἢ ζημιοῦν εἰς χρήματα θέλῃ, ἐξεῖναι τῷ ἰδιώτῃ προκαλεῖσθαι τὴν ἀρχὴν ἐπὶ τὴν τοῦ δήμου κρίσιν· πάσχειν δ' ἐν τῷ μεταξὺ χρόνῳ μηδὲν ὑπὸ τῆς ἀρχῆς, ἕως ἂν ὁ δῆμος ὑπὲρ αὐτοῦ ψηφίσηται.“ [Si quis Romanus magistratus aliquem vel capite plectere vel virgis caedere vel pecuniis multare velit, licere privato homini ab illo magistratu ad populi iudicium provocare, nec interea magistratui licere in eum animadvertere ullo modo, donec populus de eo suis suffragiis statuerit.] — Liv. X. 9. Val. Max. IV. 1. § 1. Flor. I. 9. — Zumpt, Crim.-Recht I. 1. S. 157 ff. Geib a. a. O. S. 156 ff. Rubino S. 440. Schwegler a. a. O. II. S. 611. Lange a. a. O. I. S. 430.

2) Lex Valeria Horatia (v. J. 305 u. c.). Zumpt, Crim.-Recht I. 2. S. 11 ff. **1641**. Liv. III. 55. „Ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum ius fasque esset occidi: neve ea caedes capitalis noxae haberetur.“ — — Lex Duilia. (305 u. c.) — (Geib a. a. O. S. 164. 165.) **1642**. Liv. eod. „M. Duilius peinde tribunus plebis plebem rogavit, plebesque scivit: qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine provocatione creasset, tergo ac capite puniretur.“ **1643**. Cic. de rep. II. 31. „L. Valerii Potiti et M. Horatii Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit, ne qui magistratus sine provocatione crearetur.“

3) Lex Valeria de provocatione. (454 u. c.) Zumpt a. a. O. I. 2. S. 42 ff. **1644**. Liv. X. 9. „Eodem anno M. Valerius consul de provocatione legem tulit, diligentius sanctam; tertio ea tum post reges exactos lata est, semper a familia eadem. Causam renovandae saepius haud aliam fuisse reor, quam quod plus paucorum opes, quam libertas plebis poterant. Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur: quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit. Valeria lex, quum eum, qui provocasset, virgis caedi, securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum adiecit.“

4) Lex Porcia de provocatione. (557 u. c.) Zumpt a. a. O. I. 2. S. 49 ff. (Rührt wohl nicht von M. Portius Cato, sondern von dem Volkstribun P. Portius Läca her. Vergl. Orelli, Onomast. Tullianum III. p. 251—253.) Liv. X. 9. (N. 1644.) **1645**. Cic. pro Rabirio 4. „Porcia lex virgas ab omnium civium Romanorum corpore amovit... Porcia lex libertatem civium lictori eripuit..“ **1646**. Cic. de rep. II. 31. „Idemque in quo fuit Publicola maxime legem ad populum tulit eam, quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret. Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri, significant etiam augurales: itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere, indicant XII tabulae compluribus legibus: ut, quod proditum memoria est, decemviros, qui leges scripserint, sine provocatione creatos, satis ostenderit, reliquos sine provocatione magistratus non fuisse: Luciique Valerii Potiti et Horatii Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit, ne qui magistratus sine provocatione crearetur.

Neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum ut scitis, quicquam praeter sanctionem attulerunt novi."

II) Das Verfahren in den Volksgerichten. — Walter § 848. Rudorff II. S. 333. 334. Geib a. a. O. S. 30—39. 114—152.

1) Competenz der verschiedenen Volksversammlungen. a) Curiatcomitien. — Rudorff II. S. 333. Das einzige Beispiel ihrer Thätigkeit als richtende Versammlung ist bekanntlich das bei dem Perduellionsprocesse des Horatius bei Liv. I. 26. Cic. pro Mil. c. 3. Ob sie und wie sie bis zu den Bestimmungen der XII Tafeln wieder als richtende Behörde aufgetreten sind, läßt sich durchaus nicht mit Sicherheit bestimmen. — b) Centuriatcomitien. **1647**. Cic. de legg. III. 19. „Tum leges praeclarissimae de XII tabulis tralatae duae: quarum altera privilegia tollit; altera de capite civis rogari, nisi maximo comitiatu, vetat." ——— „Praeter enim quam quod comitia illa essent armis gesta servilibus, praeterea neque tributa capitis comitia, rata esse posse, neque ulla privilegii: quocirca nihil nobis opus esse lege, de quibus nihil omnino actum esset legibus." Polyb. VI. 13. 14. Zumpt a. a. O. I. 1. S. 365 ff. I. 2. S. 193 ff. — c) Tributcomitien. Liv. II. 35. 52. 61. IV. 41. „T. Quinctium .... omnes tribus absolverunt." Id. IV. 51. V. 32. VI. 1. Göttling im Hermes Bd. XXVI. S. 108 ff. Zumpt a. a. O. I. 2. S. 35 ff. Becker-Marquardt II. 3. S. 145 ff. — Bei Cic. de legg. III. 4. „Privilegia ne irroganto; de capite civis, nisi per maximum comitiatum, ollosque, quos censores in partibus populi locassint, ne ferunto." **1648**. Cic. pro Sestio c. 30. „. . . quum et sacratis legibus et XII tabulis sancitum esset, ut neque privilegium irrogari liceret, neque de capite, nisi comitiis centuriatis, rogari . . . ." **1649**. Liv. XXVI. 3. „Nam quum tribunus (C. Sempr. Blaesus) his pecunia (sc. Cn. Fulvium) anquisisset, tertio capitis se anquirere diceret..... Tum Sempronius perduellionis se iudicare Cn. Fulvio dixit, diemque comitiis ab C. Calpurnio praetore urbis petit."

2) Verfahren. a) Bis zur Abstimmung in den Comitien. Die Anklage wurde bei den Consuln angebracht und diese beauftragten die quaestores zur Vornahme der Voruntersuchung, die dann auch unter Umständen das ganze Verfahren leiteten. Cic. de rep. II. 35. Dion. VIII. 78. — Zumpt, Crim.-Recht I. 1. S. 290.

α) Postulatio des Anklägers, in Gegenwart des Angeklagten seine Anklage vorbringen zu dürfen.

β) Im Termin bat dann der Ankläger, daß ihm gestattet werde: nomen rei deferre, nominis delatio. — **1650**. Seneca Contr. III. prooem. „Subinde nactus eum, in ius ad praetorem voco, et quum, quantum volebam, iocorum conviciorumque effudissem, postulavi, ut praetor nomen eius reciperet, lege inscripti maleficii. Deinde ad alterum praetorem eduxi, et ingrati postulavi." **1651**. Cic. in Verr. II. 38. „. . palam de sella ac tribunali pronuntiat: si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese eius nomen recepturum." Liv. XXXIII. 33. Eisenlohr a. a. O. S. 59 ff.

γ) Interrogatio legibus. — War der Beklagte im Termin erschienen, so wurde lege interrogirt d. h. gefragt nach den Voraussetzungen, die ein bestimmtes Gesetz für ein bestimmtes Verbrechen verlangte. Je nach der Antwort des Angeklagten wurde der ganze Proceß entweder sistirt oder das weitere Verfahren eingeleitet. **1652**. Sallust. Bell. Catil. 18. „P. Antronius et P. Sulla designati consules legibus ambitus interrogati, poenas dederunt." **1653**. Pseudo-Ascon. in Verr. II. c. 3. § 10. (ed. Orelli II. p. 206.) „Recte, quia Lepidus, legibus tantum interrogatus necdum coeperat accusari." Cic. in Verr. V. 2. „Non dicam id, quod debeam forsitan obtinere, quum iudicium certa lege constitutum sit, non quid in re militari fortiter feceris, sed

quemadmodum manus ab alienis pecuniis abstinueris, abs te doceri oportere." **1654**. Cic. pro Cluentio 58. „Est enim sapientis iudicis ... animadvertere, qua lege reus citetur, de quo reo cognoscat, quae res in quaestione versetur." Seneca Controv. IX. 2. „Non hac lege causam dicet."

δ) Diei dictio. — Hartmann, Ordo iudic. S. 29. Zumpt a. a. O. I. 2. S. 239 ff. Eisenlohr a. a. O. S. 66. „diei dictio .. die Erklärung an eine bestimmte Person, wegen einer bestimmten, ihr zur Last gelegten That, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen." — Prodictio diei. Eisenlohr a. a. O. S. 68 ff. Becker-Marquardt, Röm. Alterth. II. 3. S. 139. Liv. II. 35. 56. XXV. 4. **1655**. Val. Max. VI. 1. § 7. „M. Claudius Marcellus aedilis curulis C. Scantinio Capitolino trib. plebis diem ad populum dixit, quod filium suum de stupro appellasset." Id. VI. 1. § 8. 11. Heinecc. l. c. IV. 18. § 38. Die Formel des diem dicere soll nach Sigon. de iudic. III. 7. folgende gewesen sein: Appi Claudi, huc ad me nonis Septembris adesto, ut te accusari audias, quod vindicias contra libertatem dederis. — Vades (bei Capitalverbrechen) (Fest. v. Vadem) und praedes (bei einer bloßen Mult). **1656**. Liv. III. 13. „Appellati tribuni medio decreto ius auxilii sui expediunt: in vincula coniici (sc. Caesonem Fabium) vetant: sisti reum, pecuniamque, nisi sistatur, populo promitti, placere pronuntiant. Summam pecuniae quantam aequum esset promitti, veniebat in dubium: id ad senatum reiicitur. Reus, dum consulerentur patres, retentus in publico est; vades dare placuit; unum vadem tribus millibus aeris obligarunt; quot darentur, permissum tribunis est; decem finierunt; tot vadibus accusator vadatus est reum. Hic primus vades publicos dedit." Id. XXV. 4. **1657**. Gell. VII. 19. „Quod P. Scipio Africanus postulavit pro Lucio Scipione Asiatico fratre, quum contra leges contraque morem maiorum trib. pleb. hominibus accitis per vim inauspicato sententiam de eo tulerit multamque nullo exemplo irrogaverit, praedesque eum ob eam rem dare cogat: aut si non det, in vincula duci iubeat ..." Varro de ling. lat. V. 4. „Praedia dicta item ut praedes a praestando: quod ea pignori data publice mancupes fidem praestent." Heinecc. I. c. IV. 18. § 38. — Citatio rei. Liv. XXXVIII. 51.

ε) Accusatio rei und multae poenaeve anquisitio und irrogatio. Liv. II. 52. XXV. 4. XXVI. 3. **1658**. Cic. pro domo c. 17. „Nam, quum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta, primum, ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur; deinde, ne, nisi prodicta die, quis accusetur; ut ter ante magistratus accuset, intermissa die, quam multam irroget, aut iudicet; quarta sit accusatio trinum nundinum prodicta die, qua die iudicium sit futurum: tum multa etiam ad placandum, atque misericordiam reis concessa sunt; deinde exorabilis populus, facilis suffragatio pro salute; denique etiam si qua res illum diem, aut auspiciis, aut excusatione, sustulit, tota caussa iudiciumque sublatum est." **1659**. Id. de legg. III. 3. „Quum magistratus iudicassit, irrogassitve, per populum multae, poenae certatio esto." Sigon. l. c. III. 9. 10. — Dies dicendae caussae. Liv. III. 12. 13. XXVI. 3. Cic. pro Rabir. c. 3.

b) Das Verfahren in den Comitien selbst. — Zumpt a. a. O. I. 2. S. 240 ff. Eisenlohr a. a. O. S. 65 ff. Cic. pro domo c. 17—19. In diesen Capiteln findet sich zugleich die Formel der rogatio, welche bei solchen Strafgerichten dem Volke vorgelegt wurde: Rogo vos, velitis, iubeatis, ut M. Tullio aqua et igni interdicatur, quod M. Tullius falsum senatusconsultum retulerit. Die älteren Hauptwerke über die iudicia publica im allgemeinen hat zusammengestellt Haubold in seiner epicrisis des vierten Buches der Heineccischen antiquitates zum achtzehnten Titel, in seiner Ausgabe dieses Werkes p. 955.

Das Verfahren vor den Volksgerichten war kurz zusammengefaßt folgendes:

Der Ankläger bittet den Magistrat einen Termin anzusetzen, an welchem er seine Anklage

in Gegenwart des Angeklagten anbringen kann. (Postulatio S. 201. Not. α.) Der Angeklagte wird geladen, und an dem postulirten Termine wird dann vom Ankläger Person und Verbrechen des Angeklagten genau bezeichnet. (Nominis delatio S. 201. Not. β.) War der Angeklagte erschienen, so erfolgte die interrogatio legibus. (S. 201. Not. γ.) War durch diese Verhandlungen der Magistrat von der Existenz des Verbrechens und der Thäterschaft des Angeklagten überzeugt, so erklärt der Magistrat, daß der Angeklagte an einem bestimmten Tage wegen einer bestimmten That vor dem Volke zu erscheinen habe. (Diei dictio S. 202. Not. δ.) An diesem Tage erhob der Magistrat die Anklage (prima accusatio. Liv. XXXVIII. 51.), führt dieselbe aus und erklärt schließlich (anquirebat), wozu er den Angeklagten verurtheilen werde (capitis oder pecuniae anquirebat) (S. 202. Not. ε.), und gestattet nun dem Angeklagten sich zu vertheidigen (caussam dicere) (S. 202.) Nach der caussae dictio wird ein neuer Termin anberaumt (prodicta est dies), in dem die Anklage erneuert (secunda accusatio) und die Verhandlung fortgeführt und schließlich ein neuer Termin (prodicta dies) angesetzt wird. An diesem (tertia accusatio) werden die Beweise producirt und das Urtheil vom Magistrat gefällt (capitis vel pecuniae iudicat). Liv. XXVI. 3. Alle diese Verhandlungen bis zu diesem Urtheile des Magistrats fanden vor conciones statt. Ging dieses Urtheil auf Capitalstrafe, körperliche Züchtigung oder auf eine Geldbuße über Sätze der lex Aternia Tarpeia, so konnte nun der Angeklagte provociren. Durch diese provocatio wurde der Magistrat genöthigt an einem vierten Termine (prodicta die) die Anklage zum Zwecke des certare cum populo zu wiederholen (quarta accusatio). (Liv. XXV, 3. XXXVII, 51. XL, 42. fr. 244. D. de V. S. 50, 16.) Jetzt erst stimmte das Volk nach Ablauf der Frist trinum nundinum in Comitien, Centuriat- oder Tributcomitien ab (iudicium publicum). Stimmten die Comitien für das Urtheil des Magistrats, so wurde dieses verkündet und sogleich vollzogen; der Absolvirte dagegen sogleich entlassen. (Dion. VIII. 78.) Während die Vorentscheidung des Magistrats ein „iudicare“ war, war die Verurtheilung durch das Volksgericht nach der provocatio ein „damnare“. Liv. XLIII. 8. (Rubino, Untersuchungen über röm. Verfassung S. 445 ff. Eisenlohr a. a. O. S. 36 ff.)

## § 192.

### B) Die Senatsgerichte.*)

*) Geib a. a. O. S. 39 ff. Rudorff II. § 101. Walter § 128. Zumpt a. a. O. I. 2. S. 210 ff. Ders., Crim.-Recht II. 1. S. 19 ff.

1) Competenz der Senatsgerichte. Die Hauptstelle hierüber ist bei **1660.** Polyb. VI. (11.) 13. „Ὁμοίως καὶ ὅσα τῶν ἀδικημάτων, τῶν κατ' Ἰταλίαν, προσδεῖται δημοσίας ἐπισκέψεως, λέγω δὲ, οἷον προδοσίας, συνωμοσίας, φαρμακείας, δολοφονίας, τῇ συγκλήτῳ μέλει περὶ τούτων· πρὸς δὲ τούτοις, εἴ τις ἰδιώτης ἢ πόλις, τῶν κατὰ τὴν Ἰταλίαν, διαλύσεως, ἢ ἐπιτιμήσεως, ἢ βοηθείας, ἢ φυλακῆς προσδεῖται, τούτων πάντων ἐπιμελές ἐστι τῇ συγκλήτῳ.“ (Similiter et delicta in Italia admissa, quae animadversione publica opus habent, puta, proditio, coniuratio, veneficium, aut caedes dolo malo patrata, ad cognitionem senatus spectant; hoc amplius, si quis privatus aut si qua urbs in Italia aliquid controversiae dirimendum habuerit, aut obiurgatione dignum facinus commiserit, aut ope vel praesidio indiguerit, omnia haec senatui sunt curae.) **1661.** Id. VI. (14.) 16. „Τὰς δ' ὁλοσχερεστάτας καὶ μεγίστας ζητήσεις καὶ διορθώσεις τῶν ἁμαρτανομένων κατὰ τῆς πολιτείας, οἷς θάνατος ἀκολουθεῖ τὸ πρόστιμον, οὐ δύναται συντελεῖν, ἂν μὴ συνεπικυρώσῃ τὸ προβεβουλευμένον ὁ δῆμος.“ (Gravissima vero quaeque iudicia et maxima peragere non potest, neque delicta contra rempublicam commissa, quae

capite luuntur, punire, nisi ipsius auctoritatem populus comprobaverit.) Liv. III. 4. VI. 2. 4. 6. 10. 17. IX. 26. XXXIV. 44. Val. Max. IV. 1. § 7. VI. 2. § 1. — Dirksen, Civilist. Abhandlungen Bd. I. S. 108 ff. und besonders über die Competenzverhältnisse zwischen den Magistraten, Volksversammlungen und quaestiones perpetuae vergl. ebendaselbst S. 137 ff.

2) Verfahren bei denselben. Liv. III. 4. IX. 25. 26. **1662**. Id. XXIX. 14. „Quaestionem deinde de Bacchanalibus sacrisque nocturnis extra ordinem consulibus mandant." — Dirksen a. a. O. S. 135. 136. Zumpt a. a. O. I. 2. S. 212 ff.

## C) Die quaestiones perpetuae.

### § 193.

### 1) Das Richterpersonal bei denselben. *)

*) Walter § 789. 834—836. Rudorff II. § 102. 103. Geib a. a. O. S. 169—215. 252—265. Zumpt, Der Criminalproceß der röm. Republik. 1871. Ders., Crim.-Recht II. 1. S. 1—19. 32 ff. Bes. II. 2. S. 494 ff.

1) Die zu diesem Zwecke gewählten Prätoren. — Zumpt a. a. O. S. 5 ff. Ders., Crim.-Recht II. 1. und 2. Geib a. a. O. S. 178 ff. An die Stelle der früher für jede einzelne Criminaluntersuchung durch das Volk speciell gewählten Magistrate, der quaesitores s. quaestores, wurde für das crimen repetundarum in Folge der lex Calpurnia Pisonis im J. 605 u. c. die erste quaestio perpetua eingeführt, und zuerst ein Prätor für alle derartige Untersuchungen als bleibender quaesitor ernannt (Cic. Brut. c. 27. de offic. II. 21.); so daß von dieser Zeit an, wenigstens für das crimen repetundarum, nicht jedesmal von neuem ein quaesitor bestellt und ein Proceßverfahren gesetzlich festgestellt zu werden brauchte. A. W. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 32 ff. Nach ihm hat die lex Calpurnia nicht ein neues Verfahren eingeführt, sondern nur den Begriff der pecuniae repetundae festgestellt. Das Verfahren sei das frühere geblieben, bei Bürgern durch Privatproceß in der Form des legis actio sacramenti, bei Bundesgenossen durch einen Senatsausschuß. — Roßhirt, Ueber das römische Recht als Quelle des deutschen Criminalrechts, im neuen Archiv des Criminalrechts. Bd. XI. S. 393 ff. — Ueber die allmähliche Vermehrung der quaestiones perpetuae, gegen sicarii, ambitus, falsum, parricidium, peculatus, venefici, crimen laesae maiestatis. Cic. pro Cluent. 53. 54. pro Murena 20. in Verr. I. 13. fr. 2. § 32. D. de O. I. (1, 2.) Rein, Crim.-Recht S. 64. Walter § 834. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 99 ff. S. 196 ff. II. 2. S. 19—93. — **1663**. Cic. pro Murena c. 20. „. . quid? in ipsa praetura nihilne existimas inter tuam et istius sortem interfuisse? Huius sors ea fuit, quam omnes tui necessarii tibi optabamus, iuris dicundi . . . . . Quid? Tua sors tristis, atrox: quaestio peculatus, ex altera parte, lacrimarum et squaloris, ex altera, plena catenarum atque indicum." Id. pro Cluent. c. 53. de finib. II. 17. „. . . qui (L. Tubulus), quum praetor quaestionem inter sicarios exercuisset . . ." Id. pro Rosc. Amer. c. 30. Act. I. in Verr. c. 8. „quum sortirentur praetores designati, et M. Metello obtigisset, ut is de pecuniis repetundis quaereret." — Ueber die verschiedene Zahl der Prätoren, welche zur Leitung der einzelnen quaestiones perpetuae zu verschiedenen Zeiten ernannt wurden: Dio. Cass. XLII. 51. XLIII. 47. Tac. Histor. III. 37. — fr. 2. § 32. D. de O. I. (I. 2.)

2) Iudex quaestionis s. princeps iudicum. — Zumpt a. a. O. S. 10. Geib a. a. O. S. 186 ff. Zumpt, Crim.-Recht II. 2. S. 137 ff. Cic. Brut. c. 76. pro Cluent. c. 27. 29. Collat. leg. Mos. et Rom. I. 3. — **1664**. Scholia Bobiensia (ed.

Orelli) P. II. p. 323. „v. Iudices quaestionum. Eosdem et quaesitores nominabant, praepositos scilicet et ipsis iudicibus, quorum certus numerus de caussa pronuntiare debebat.“ fr. 1. pr. § 1. D. ad legem Cornel. de sicar. (XLVIII. 8.) Suet. Caes. c. 11. — Heinecc. Antiquitt. IV. 18. § 15. Sigon. de iud. II. 5. Schulting, Iurispr. Anteiust. p. 728. Klenze, ad leg. Servil. p. 34. not. 2. Roßhirt a. a. O. S. 381 ff.

3) Die iudices. — Zumpt, Crim.-Proc. S. 18 ff.

a) Die leges iudiciariae über die Stände, aus denen die iudices in den quaestiones perpetuae zu nehmen sind: Rudorff I. § 39. Geib a. a. O. S. 195 ff. Zimmern, R. G. III. S. 26. Not. 4. Roßhirt a. a. O. S. 384 ff. Klenze, ad leg. Servil. p. XIV—XVI. Mommsen, Zeitschr. für Alterthumskunde. 1843. S. 824 ff. — Die leges iudiciariae vor den Sullanischen Veränderungen. — Lex Sempronia (632 u. c.). Rudorff II. S. 93. Not. 2. Huschke, Zeitschr. für Rechtsg. V. S. 46 ff. Zumpt, Crim.-Recht. II. 1. S. 57 ff. — Liv. Epit. LX. Appian de bell. civ. I. 22. Tac. Ann. XII. 60. Cic. in Verr. I. 13. **1665**. Pseudo-Ascon. in divin. ed. Orelli p. 103. „C. Gracchus legem tulerat, ut equites Romani iudicarent. Iudicaverunt per annos XL sine infamia.“ **1666**. Vell. Pat. II. 6. 32. „Per idem tempus Cotta iudicandi munus, quod C. Gracchus ereptum senatui ad equites, Sulla ab illis ad senatum transtulerat, aequaliter in utrumque ordinem partitus est.“ — Lex Acilia repetundarum (631 od. 632 u. c.) (bisher als lex Servilia repetundarum aus dem J. 643 u. c. angesehen). Mommsen, Corp. Inscript. I. 49—54. Bruns, Fontes p. 40 ss. Göttling, Röm. Urk. S. 40 ff. Walter II. § 814. N. 184. 185. Huschke a. a. O. S. 64 ff. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 99 ff. Ders., Crim.-Proc. S. 20. — Ueber die Versuche vor Sulla, die Senatoren wieder zu iudices zu machen, wie die lex Servilia Caepionis (648 u. c.) Tac. Ann. XII. 60. Cic. Brut. 44. Val. Max. VI. 9. § 13. und die lex Livia M. Drusi (663 u. c.) Liv. Epit. LXXI. („M. Livius Drusus ... iudiciariam quoque [sc. legem] pertulit, ut aequa parte iudicia penes senatum et equestrem ordinem essent.“) Appian de bell. civ. I. 35. (Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 238.) — Sulla's Veränderungen: Lex Cornelia iudiciaria (673 u. c.). — Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 324 ff. II. 2. S. 93 ff. Walter § 835. Geib a. a. O. S. 209. — **1667**. Cic. in Verr. I. 13. „Quae inter decem annos (673—683 u. c.) postquam iudicia ad senatum translata sunt, in rebus iudicandis nefarie flagitioseque facta sunt.“ Pseudo-Ascon. (ed. Orelli) in divin. p. 99. 103. in Verr. p. 145. 149. Tac. Ann. XI. 22. **1668**. fr. 2. § 32. D. de O. I. (1, 2.) „Deinde Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, et Praetores quatuor adiecit.“ Hierzu vergl. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 325 ff. — Lex Aurelia iudiciaria (684 u. c.). — Ascon. in Pison. (ed. Orelli) p. 67. **1669**. Schol. Bob. (ed. Orell.) p. 229, 17. „Lex Aurelia iudiciaria ita cavebat, ut ex parte tertia senatores iudicarent, ex partibus duabus tribuni aerarii et equites Romani, eiusdem scilicet ordinis viri.“ Liv. Epit. 97. Cic. pro Cluent. 47. Vell. Pat. II. 32. Zumpt, Crim.-Proc. S. 26.

b) Das album iudicum. — **1670**. Lex Acilia repetundarum. (Bruns, Fontes p. 43.) „[Quei ex h. l. in hunc annum quaeret.., is die n. n. exquo legerit eorum quei ex] h. l. CDLviris in eum annum lectei erunt, ea nomina omnia in tabula, in albo, atramento scriptos, patrem tribum cognomenque tributimque descriptos hab[eto, eosque propositos suo magistratu, ubei de plano recte legi possitur, habeto..] Senec. de benef. III. 7. Suet. Claud. 16. — Geib a. a. O. S. 212. Zumpt, Crim.-Proc. S. 29. Göttling, Röm. Urk. S. 40 ff. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 116 ff. — Iudices selecti. — **1671**. Cic. pro Cluent. c. 43. „Praetores urbani, qui iurati debent optimum quemque in selectos iudices referre.“ Rudorff II. S. 339. Zumpt, Crim.-Proc. S. 19. 30. Ders., Crim.-Recht. II. 2.

c) Die decuriae iudicum seit der Kaiserzeit. — Geib a. a. O. S. 215 ff. 1672. Suet. Oct. c. 32. „Ad tres iudicum decurias quartam addidit, ex inferiore censu, quae ducenariorum vocaretur iudicaretque de levioribus summis.“ 1673. Suet. Calig. c. 16. „Ut levior labor iudicantibus foret, ad quatuor priores quintam decuriam addidit.“ Plin. H. N. XXXIII. 1, 30. „Iudicum quoque non nisi quatuor decuriae fuere primo, vixque singula millia in decuriis inventa sunt.“ Geib a. a. O. S. 201. 202. 210. v. Savigny, System V. S. 645.

d) Die Richter bei dem einzelnen Gerichte. — Zumpt, Crim.-Proc. S. 30—33. Walter § 836. Rudorff II. S. 339—341. Geib a. a. O. S. 306 ff. 1674. Pseudo-Ascon. in act. I. in C. Verrem (ed. Orelli) p. 131. „Moris erat, celebrata iudicum reiectione et haberi in officio praetoris et in arca reponi nomina iudicum delectorum. Reiectio autem idcirco dicitur, quia, quum multi indices in consilium a praetore suo advocandi essent, qui quaestor fuisset in publica caussa, verbi gratia repetundarum, ambitus, maiestatis, necesse fuerat eos primum de decuria senatoria describi, quum senatus indicaret; deinde in urnam sortito mitti, ut de pluribus necessarius numerus confici posset; tertio, id est, post urnam, permitti accusatori ac reo, ut ex illo numero reiiciant quos putaverint sibi aut inimicos aut ex aliqua re incommodos fore. Solet autem ex moribus ac fama iudicum illorum, quos aut reiiciebant aut retinebant, de voluntate coniecturam facere populus, qui caussae suae confidere, qui corrumpere iudices vellet. Reiectione celebrata et in eorum locum, qui reiecti fuerant, subsortito praetore alios, quibus ille iudicum legitimus numerus compleretur (prima enim sortitio dicebatur): his perfectis iurabant in leges iudices, ut obstricti religione iudicarent. Quum iurassent omnes praeter ipsum praetorem, nomina eorum libellis, ut supra diximus, continebantur et ubique habebantur, ne pro selectis iudicibus, ut fit in multitudine, aliqui suppositi corruptissimi iudicarent, itaque et praetoris tribunal ut considerent iudicatur praetori suo“ (al. „itaque ad praetoris tribunal considerent ut iudicaturi cum praetore suo.“) Cic. pro Planc. c. 15. 17. und hierzu die Scholia Bobiensia (ed. Orell.) p. 253. 261. 1675. Ascon. in Milon. (ed. Orelli) p. 53. „Peracta utrinque caussa singuli quinos accusator et reus senatores, totidem equites et tribunos aerarios reiecerunt ita ut unus et L sententias tulerint. Senatores condemnaverunt XII, absolverunt VI. Equites condemnaverunt XIII, absolverunt IV. Tribuni aerarii condemnaverunt XIII, absolverunt III.“ Id. in Scaurian. in f. „Sententias tulerunt senatores duo et XX, equites tres et XX, tribuni aerarii XXV.“ — 1676. Scholiasta Gronovian. in Act. I. in C. Verrem (ed. Orell. p. 392.) ad c. 6. „Nam iudices semper sortiebantur, et sortitione facta non omnes indicabant, sed electio fiebat et eiiciebantur ab utraque parte usque ad certum numerum imparem.“ — Roßhirt a. a. O. S. 385 ff.

## § 194.

### 2) Die Parteien und das Verfahren. *)

*) Geib a. a. O. S. 252 ff. Zumpt, Crim.-Proc. S. 129 ff. Walter § 849—852. Rudorff II. S. 428—431. 439 ff.

I. Die Parteien. — 1) Der Ankläger. — Rudorff II. S. 428. Walter § 849. Geib a. a. O. S. 265 ff. Zumpt, Crim.-Proc. S. 33 ff. — Es stand an sich jedem Bürger frei eine Anklage zu erheben, obgleich nur in wenigen Fällen es für ehrenhaft gehalten wurde. 1677. Cic. de offic. II. 14. „Maxima admiratio (sc. eloquentiae) est in iudiciis: quorum ratio duplex est. Nam ex accusatione et defensione constat: quorum etsi laudabilior est defensio, tamen etiam accusatio probata persaepe est. — — Sed hoc

quidem non est saepe faciendum, nec unquam, nisi aut rei publicae caussa . . . aut ulciscendi. . . . aut patrocinii. . . ." Im Falle mehrere zugleich dieselbe Anklage gegen denselben Beklagten erheben wollten, wurde ein vorläufiges Verfahren (divinatio) vor dem Prätor eingeleitet und dann, nachdem die Gründe zur accusatio bei den verschiedenen Anklägern summarisch erwogen worden, einem derselben, dem accusator, das Recht anzuklagen vom Prätor ertheilt. Zumpt a. a. O. S. 136. Geib a. a. O. S. 268 ff. Walter § 849. — **1678**. Pseudo-Ascon. in argument. ad Cic. divinat. (ed. Orelli) p. 99. „Divinatio dicitur haec oratio, quia non de facto quaeritur (haec coniectura), sed de futuro, quae est divinatio, uter debeat accusare. Alii ideo putant divinationem dici, quod iniurati iudices in hac caussa sedeant et, quod velint, praesentire de utroque possint; alii quod res agatur sine testibus et sine tabulis, et his remotis argumenta sola sequantur iudices et quasi divinent." Gell. II. 4. Cic. divin. in Caecil. c. 20. Die von der Anklage in Folge der divinatio zurückgewiesenen unterstützten dann die Anklage (accusationi subscribebant) und wurden daher subscriptores genannt. Zumpt a. a. O. S. 68. Rudorff II. S. 426. Raspe, Das Verbrechen der Calumnia nach röm. Rechte. 1872. S. 25 ff. S. 92 ff. — **1679**. Cic. ad Quint. fratr. III. 3. „Gabinium reum de ambitu fecit P. Sulla, subscribente privigno Memmio." Id. ad fam. VIII. 8. „itaque sine ullo subscriptore descendit, et Lucium reum fecit." Pseudo-Ascon. ad divinat. c. 16. ad voc. Custodem, inquit, Tullio me apponite. „. . . Nam subscriptores non solum chartarum caussa neque iuvandi accusatoris adhiberi solent, sed etiam ut non facile corrumpatur." Klenze, ad leg. Servil. p. 13. not. 5. fr. 7. D. de accusatt. (XLVIII. 2.) Die socii und peregrini, wenn diese einen civis anklagen wollten, mußten früher durch besondere Erlaubniß das Recht ertheilt bekommen, sich einen Patron zu erwählen. Zumpt a. a. O. S. 86 ff. — **1680**. Liv. XLIII. 2. „Vocatis in curiam legatis (sc. Hispaniae) recitatum est senatusconsultum, iussique nominare patronos." Erst später wurde durch den Prätor in Folge der divinatio ein Patron gegeben. **1681**. Lex Acilia (Bruns, Fontes p. 42.) „Qui ex hac || lege pecuniam petet, nomenque detulerit, cuius eorum ex hac lege ante kalendas Septembres petitio erit, si is volet sibi patronos in eam rem dari praetor ad quem || eius nomen delatum erit, unum actorem et qui eum adiuvent alios subscriptores facito in concione iudicum iniuratorum dum || ne quem eorum det sciens dolo malo, cui is || cuius nomen deferatur, gener, socer, vitricus, privignusve sit, quive ei sobrinus sit prop || iusve eum ea cognatione attingat quive ei sodalis sit, quive in eodem collegio sit cuiave in fide is erit maioresve in maiorum fide fuerint || quive in fide eum habuerit, cuiusve maiores in fide habuerint eum maioresve eius, cuius nomen deferatur; neve eum qui q || uaestione iudiciove publico condemnatu || s sit, quocirca eum in senatum legi non liceat, neve eum qu || i ex hac lege iudex in eam rem erit, neve eum qui ex hac lege patronus datus erit." Klenze ad h. l. p. 12. not. 1. **1682**. Pseudo-Ascon. in divinat. (ed. Orelli p. 104.) § 11. „Qui defendit alterum in iudicio aut patronus dicitur, si orator est; aut advocatus, si aut ius suggerit, aut praesentiam suam commodat amico; aut procurator, si [absentis] negotium suscipit; aut cognitor, si praesentis caussam novit et sic tuetur ut suam." — Außerdem gab es auch noch öffentliche Ankläger (quadruplatores s. delatores criminum publicorum), für deren Namen sich verschiedene Ableitungen vorfinden. Walter § 860. Rudorff II. S. 457. 463. — **1683**. Pseudo-Ascon. in divinat. (ed. Orelli p. 110.) § 24. „Quadruplatores delatores erant criminum publicorum in qua re quartam partem de proscriptorum bonis, quos detulerant, consequebantur. Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores, qui convicti quadrupli damnari soleant, aut aleae aut pecuniae gravioribus usuris foeneratae quam pro . . . . . aut eiusmodi

aliorum criminum.“ Fest. v. Quadruplatores. „Quadruplatores dicebantur, qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio.“ Tac. Ann. IV. 20. Neben dem accusator und als etwas von diesem verschiedenes wird der „index“ erwähnt bei Cic. ad Quint. fratr. II. 3. pro Mur. c. 24. Suet. Caes. 17. 20. Liv. II. 5. IV. 45. XXVII. 3. XXXIX. 19. Iustin. XXXII. 2. Tac. Ann. IV. 28., welche Stellen sich vielleicht noch durch eine Anzahl anderer vermehren ließen. Escher, de testium ratione, quae Romae Ciceronis aetate obtinuit. Turici 1842. p. 10—16. Voigt, Ius nat. IV. 3. S. 385. Not. 11. Die wichtigste Frage hierbei ist folgende: Wodurch unterschied sich der index vom accusator? Moser, Beiträge zu der röm. Gesetzkunde u. röm. Rechtsgesch. Stuttgart 1815. S. 54 ff. setzt den Unterschied darein, daß der index blos die Anschuldigung eines Verbrechens übernommen habe, während der accusator außerdem auch noch die inscriptio etc. habe vornehmen müssen. c. 17. C. de accusatt. (IX. 2.) Moser hat die wichtigste hierher gehörige Stelle nicht berücksichtigt: **1684.** Pseudo-Ascon. in divin. § 34. (ed. Orelli p. 114.) „Certa sunt, in quibus impunitas indici datur, in caussa proditionis, maiestatis, et si quid huiusmodi est. Certae etiam personae sunt, quae indices fieri possint. Itaque neque repetundarum caussa per indices agi solet, neque senatoria persona potest indicium profiteri salvis legibus. Index est autem, qui facinoris, cuius ipse est socius, latebras indicat impunitate proposita.“ Vergleicht man nun diese Stelle mit denen des Livius, Suetonius und Tacitus, so muß man mit Nothwendigkeit annehmen, daß der Ausdruck „index“ neben seiner technischen, engeren, noch eine weitere, vulgäre Bedeutung hatte. Die technische Bedeutung des Wortes hat offenbar Pseudo-Asconius l. c. aufgefaßt. In dieser ist es der durch seine Anzeige straflose Theilnehmer des Verbrechens, der natürlich aus diesem Grunde eine förmliche accusatio nicht anstellen konnte. Aus jenem Erforderniße der Theilnahme am Verbrechen beim ursprünglichen Begriffe des indicium entwickelte sich dann der spätere, weitere, bei welchem der accusator, dessen Anklage etwas schimpfliches mit sich führte, index genannt wurde. Suet. Caes. c. 20. Tac. Ann. IV. 28. Denn während Cic. div. in Caec. c. 11. dem Cäcilius für die mit Verres gemeinsam verübten Verbrechen nur das Recht des indicii zugesteht, das der accusatio aber aus diesem Grunde verweigert, wird Vettius bei Suet. Caes. c. 17. ein index genannt, obgleich sich aus den pignora capta und der direpta supellectilis deutlich genug ergibt, daß wirklich eine accusatio mit Cautionsleistung gemeint ist. In gleicher Weise nennt Tac. l. c. den Vibius Serenus, den Sohn, einmal accusator und kurz nachher index.

Hinsichtlich der Anklage können folgende Verbrechen vorkommen: a) Calumnia. — Das Erheben einer wissentlich falschen Anklage. — Rudorff II. § 138. Zumpt a. a. O. S. 376 ff. Raspe a. a. O. S. 35 ff. **1685.** fr. 1. pr. D. ad S. C. Turpil. (48, 16.) „Accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subiicitur, aut enim calumniantur aut praevaricantur aut tergiversantur.“ § 1. „Calumniari est, falsa crimina intendere; praevaricari, vera crimina abscondere; tergiversari, in universum ab accusatione desistere.“ Lex Acilia, Bruns p. 44. l. 24. — Lex Remmia. — Cic. pro Rosc. Amer. 19. 20. Schol. Gronovian. ad h. l. p. 431. „Qua, (sc. lege Remmia), qui calumniabatur, damnabatur, si crimen approbare non poterat.“ — Rein, Crim.-Recht S. 809 ff. Rudorff II. S. 458. 459. Zumpt a. a. O. S. 376 ff. Geib S. 291 ff. Die Zeit ihrer Entstehung und Dauer ist ungewiß. Gegen die gewöhnliche Annahme, daß die Strafe der lex Remmia in der Brandmarkung mit dem Buchstaben K bestanden habe, hat sich Zumpt a. a. O. erklärt. (Hierzu Raspe a. a. O. S. 35 ff.) — b) Praevaricatio. — Nach Raspe a. a. O. S. 191 ff. ist diese das Verbrechen des Anklägers, welcher durch absichtliche, rechtswidrige Begünstigung die Freisprechung eines criminell Angeklagten zu erwirken sucht. — Rein, Crim.-Recht S. 799 ff. Zumpt a. a. O. S. 388 ff. Rudorff II. § 140. Geib a. a. O. S. 296 ff. — Paull. Diac. v. Praevari-

catores. fr. 1. § 1. fr. 3. § 2. D. de praevaric. (47, 15.) **1686**. fr. 1. § 6. D. ad S. C. Turpill. (48, 16.) „Praevaricatorem eum esse ostendimus, qui colludit cum reo et translaticie munere accusandi defungitur eo quod proprias quidem probationes dissimularet, falsas vero excusationes admitteret." Plin. Ep. I. 20. Die Strafe war die infamia, fr. 1. pr. D. de his qui not. (3, 2.) außerdem in der Kaiserzeit auch noch eine poena extraordinaria, fr. 1. § 1. fr. 2. D. h. t. (47, 15.) — c) Tergiversatio. — Der absichtliche widerrechtliche Rücktritt von einer Criminalanklage. — Rasp e a. a. O. S. 198. Geib a. a. O. S. 574. 585 ff. Rein S. 803 ff. Zumpt a. a. O. S. 395. Rudorff II. § 139. Als besonderes Verbrechen eingeführt unter Nero durch das SCum Turpillianum, mit der lex Petronia jedes Falls hinsichtlich des Inhalts identisch, c. 16. C. ad leg. Iul. de adult. (9, 9.) Rein a. a. O. S. 276. Not. **) und bestraft mit 5 Pfund Goldes und Infamie. fr. 3. § 3. D. de praevar. (47, 15.) fr. 6. § 3. D. de decur. (50, 2.)

2) Der Angeklagte. — Zumpt a. a. O. S. 69 ff. Walter § 856. 857. — Rudorff II. § 131. Dion. X. 39. Ascon. in Scaurian. p. 19. „Timere ergo se, ne Scaurus. . emeret consulatum . . . ante, quam de eo iudicari posset, magistratum iniret." Tac. Ann. XIII. 44. fr. 12. pr. D. de accus. (48, 2.) fr. 38. § 10. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.)

II) Das Verfahren.

A) Vor dem Magistrat. — (Vergl. II. S. 201.)

1) In ius vocatio. Cic. pro Mil. c. 15. — **1687**. fr. 8. D. de accusatt. (XLVIII. 2.) „alii propter magistratum potestatemve, in qua agentes sine fraude in ius evocari non possunt" . . . . Heinecc. Antiquitt. IV. 18. § 17. Sigon. de iudic. II. 8.

2) Postulatio. **1688**. Cic. divin. in Caec. c. 20. „Nuper quum in P. Gabinium vir fortissimus et innocentissimus, L. Piso delationem nominis postularet" . . . c. 19. „Itaque neque L. Philoni in C. Servilium nominis deferendi potestas est data" . . . . Id. ad fam. VIII. 6. „inter postulationem et nominis delationem uxor a Dolabella discessit." **1689**. Id. pro Ligario c. 6. „Ac primus aditus et postulatio Tuberonis haec, ut opinor, fuit: velle se de Q. Ligarii scelere dicere." Plin. epist. X. 85. Liv. XLV. 37. Val. Max. III. 7. § 9. — Obgleich eigentlich „postulare" nichts anderes beim Criminalverfahren bedeutet, als die Anforderung an den Magistrat, das „nomen deferre" zu gestatten, so findet es sich dennoch auch häufig geradezu für „accusare" gebraucht. — Heinecc. l. c. IV. 18. § 17. Sigon. l. c. II. 9. Zumpt a. a. O. S. 132 ff. Rudorff II. S. 428. Walter § 849. Geib a. a. O. S. 266 ff.

3) Nominis delatio. — Walter § 849. Rudorff II. S. 428 ff. Geib a. a. O. S. 270 ff. Zumpt a. a. O. S. 142 ff. **1690**. Lex Acilia (Bruns, Fontes p 44.) „Qui ex hac lege pecuniam ab a|liquo eorum petet, cuius ex hac lege petitio erit, is eum, unde petet, de CDLviris, qui in e|um annum lecti erunt, ad iudicem, in eum annum qui ex hac lege factus erit, in ius educito, nomenque eius deferto, si deiuraverit calumniae caussa non po|stulare, apud praetorem qui ex hac lege quaeret." Die nominis delatio selbst war ganz der alten Klagformel bei Civilklagen analog, wie sich am deutlichsten zeigt bei Pseudo-Ascon. in act. I. in Verr. (ed. Orelli p. 128.) „Quum enim in ius ventum esset, dicebat accusator apud praetorem reo: aio te Siculos spoliasse. Si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo; si negasset, petebatur a magistratu dies inquirendorum eius criminum et instituebatur accusatio." Cic. divinat. in Caec. c. 5. „Quod auri, quod argenti . . . . in meis urbibus . . . . fuit . . . id mihi tu, C. Verres, eripuisti atque abstulisti; quo nomine abs te sestertium millies ex lege repeto."

4) Inscriptio. — Zumpt a. a. O. S. 157 ff. Sanio, De iurisprudentia Romanorum in iure criminum haud negligenda. Spec. I. Regiomont. 1862. p. 9 ss. Im Leugnungsfalle wurde der Beklagte nun wirklich reus und es traten die Wirkungen des

reatus ein, indem der Prätor die Eintragung (inscriptio) des Angeklagten in die Liste der Angeklagten befiehlt. (Nominis receptio.) Cic. in Verr. II. 38. „..palam de sella ac tribunali pronuntiat: si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese eius nomen recepturum..“ Vorher ging das legibus interrogari d. h. die Frage, ob der Angeklagte gestand oder leugnete, sich gegen das bestimmte Gesetz in der Art vergangen zu haben, wie die Anklage lautete. Nur wenn er leugnete, kam die Sache an die iudices. Pseudo-Ascon. l. c. „Quid est reum fieri, nisi apud praetorem legibus interrogari?“ fr. 3. D. de accusatt. (XLVIII. 2.) Heinecc. l. c. § 19. Sigon. l. c. II. 10. Roßhirt a. a. O. S. 389 ff. (Häufig ist auch legibus interrogare geradezu = anklagen. Sall. Catil. 18. 31. Tac. Ann. VI. 21.) Pseudo-Ascon. p. 128. 206. Schol. Bob. p. 206. Zumpt a. a. O. S. 170 ff. Geib a. a. O. S. 272 ff. — Gestand der Angeklagte, so vollstreckte der Magistrat ohne weiteres Verfahren die Strafe. Zumpt a. a. O. S. 178 ff. A. M. Geib a. a. O. S. 274 ff.

5) Diei dictio. — Ansetzung des Termins zur Verhandlung. Ascon. in Corn. p. 59. „cum P. Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse iussisset.“ Zumpt a. a. O. S. 184 ff. Rudorff II. S. 429.

B) Das Verfahren vor den iudices.

1) Die Bildung des Schwurgerichts. (S. oben § 193. 3. d.) Geib a. a. O. S. 306 ff.

2) Die Verhandlungen zwischen Ankläger und Angeklagten. — (Actiones.) Walter § 850. Rudorff II. S. 439 ff. Zumpt a. a. O. S. 212 ff. Geib a. a. O. S. 302 ff. 318 ff.

a) Der Beweis. — Beweismittel. (Quaestiones, testes, tabulae.) Geib a. a. O. S. 327 ff. Zumpt a. a. O. S. 247 ff. Cic. partitt. orat. c. 34. tit. D. de quaestion. (XLVIII. 18.) Liv. IV. 40. vergl. mit Cic. pro Fontei. c. 9. pro Flacco c. 5. — Id. in Verr. I. 23. 61. pro Balbo c. 5. **1691.** Scholia Bobiensia p. 238. „Lege enim habebatur, ut accusatores de pecuniis repetundis omnia instrumenta tabularum et intra diem tertium ad praetorem deferrent et omnia iudicum annulis obsignarentur.“

b) Die Abstimmung nach geführtem Beweise. — Rudorff II. S. 441. Geib a. a. O. S. 363 ff. Zumpt a. a. O. S. 245 ff. — In consilium ire. „Zur Abstimmung schreiten.“ Von den Vorsitzenden: mittere in consilium iudices. — Cic. pro Cluent. 20. 27. Cic. ep. VIII. 8. **1692.** Pseudo-Ascon. in divinat. p. 118. Orelli. „In divinatione et in aliis (causis) maioribus universi iudices in cistam tabulas simul coniiciebant suas, easque insculptas literas habentes A, absolutionis; C condemnationis; cum de alicuius capite agebatur, N et L, ampliationis; his enim literis significabant, non liquere.“ — (Zumpt a. a. O. S. 358 ff. leugnet, daß es Stimmtäfelchen mit N. L. [non liquet] gegeben habe. Es sei vielmehr vorläufig am Schlusse des ersten Termines von den Vorsitzenden mündlich gefragt worden, ob der Proceß geschlossen oder fortgesetzt werden solle. Im letzteren Falle würde, wenn nicht zwei Drittel ein bestimmtes Urtheil abgegeben hätten, die ampliatio statt gefunden haben d. h. der Proceß in beliebigen Terminen weiter fortgesetzt werden; die iudices hätten eben in solchen Fällen mündlich gestimmt: non liquere oder: amplius sc. cognoscendum. Geib a. a. O. S. 369 ff. Zumpt, Crim.-Recht II. 1. S. 205. 206. II. 2. S. 125.) Pseudo-Asc. in Verr. I. p. 164. — Comperendinatio s. actio secunda. Cic. in Verr. lib. I. c. 9. „Verum, ut opinor, Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus: antea vel iudicari primo poterat, vel amplius pronuntiari.“ Pseudo-Ascon. ad h. l. „Ante legem Glauciae de comperendinatione aut statim sententia dicebatur, si absolvendus esset reus, aut „amplius“ pronuntiabatur, si videretur esse damnandus, quum dixissent iudices „non liquet“,

hoc est: obscura caussa est. Itaque ea pars interposita dilatione dicebat, in cuius peroratione videbatur obscuritas. Comperendinatio vero utriusque partis recitatio est. Alii sic adnotant: Comperendinatio est secunda actio. Item: Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem. — — Alii sic: inter comperendinationem et ampliationem hoc interest, quod comperendinatio ex una tantum repetitur, quum ante iudex (al. ex una re dabatur quum caussam ante iudex) non intelligeret. Et omnino, si videbatur iudicibus bona caussa, absolvebant reum; si mala, non statim damnabant, sed hac excusatione parcebant. Nam quum condemnand nota esset C littera, absolvendi A, ampliandi signum N. L. dabant, quod significabat, non liquere: unde ampliatio nascebatur." Cic. Brut. c. 22. Liv. IV. 44. XLIII. 2. Sigon. l. c. II. c. 11—20. Heinecc. l. c. IV. 18. § 24—30. Ueber die comperendinatio, durch welche der Proceß bei Amtsverbrechen in zwei abgesonderte Termine (actiones), in die actio prima und secunda zerfiel und mit dem zweiten Termin, der actio secunda, zu Ende geführt werden mußte, vergl. Zumpt, Crim.-Recht II. 2. S. 125 ff. Geib a. a. O. S. 372 ff. — Pseudo-Ascon. in act. II. in Verr. p. 165. ed. Or. „Acilii Glabrionis (sc. lex) .. neque comperendinationem neque ampliationem habet." Roßhirt a. a. O. S. 390 ff. — Lex Fufia (695 u. c.). Lange, De legg. Aelia et Fufia. Giss. 1861. — Dio Cass. XXXVIII. 8. Schol. Bob. in orat. pro Flacco p. 235 ed. Or. — Während nach der lex Aurelia iudiciaria die Stimmtäfelchen der verschiedenen decuriae iudicum in einer einzigen Urne gesammelt wurden, bestimmte das Gesetz des Prätor Q. Fufius Calenus, daß drei Urnen, für jede decuria eine besondere, aufgestellt werden sollten. — Zumpt, Crim.-Recht II. 2. S. 292. Ders., Crim.-Proc. S. 367.

c) Der Spruch des Vorsitzenden. — Pseudo-Ascon. in act. II. in Verr. p. 165. ed. Or. „Nam mittere iudices in consilium est dimittere iudices ad sententiam dicendam, ubi allegatis omnibus argumentis orator dixerit: Dixi" Id. in act. I. in Verr. ad c. 18. — **1693.** Lex Acilia (Bruns, Font. p. 48.) „..[palam pronontiato, ubei A littera scripta erit „absolvo", ubei C littera scripta erit, con]demno, ubei nihil scriptum erit „seine suffragio". Ex qua sorti pronontiarit, eam sortem proxsumo iud[ici..in manum] transdito." Cic. in Verr. I. 9. pro Cluent. c. 27. 30. Academ. II. 47. „quaeque iurati iudices cognovissent, ea non ut esse facta, sed ut videri pronuntiarent." Id. in Verr. V. 6. „Fecisse videri pronuntiavit." — Heinecc. l. c. IV. 18. § 31. 32. Sigon. l. c. II. 21—25. Geib a. a. O. S. 368 ff.

## § 195.

### 3) Verbrechen und Strafformen. *)

*) Ueber die allgemeinen Grundsätze der Römer bei Verbrechen und Strafen: Birnbaum, Ueber den Unterschied zwischen crimen und delictum bei den Römern, und die ihnen zugeschriebene Eintheilung der Verbrechen in publica und privata, im neuen Arch. des Criminalrechts Bd. VIII. S. 396 ff. Bd. IX. S. 339 ff. C. E. Jarcke, Comment. de summis principiis iuris romani, de delictis eorumque poenis inprimis de notione et fine poenarum, de natura et quantitate delictorum atque de applicatione legum poenalium. Gotting. 1822. und Abegg, De antiquissimo Romanorum iure criminali. Comm. I. 1823. Walter § 788—791. Rudorff II. § 98. S. oben § 187.

I) Verbrechen.

1) Verbrechen gegen den Staat. a) Crimen ambitus. Walter § 815. Rudorff II. § 121. Rein, Crim.-Recht S. 701 ff. Geib, Lehrb. des deutschen Straf-

rechts I. S. 42—44. Rinkes, De crimine ambitus et de sodaliciis apud Romanos tempore liberae reipublicae. Lips. 1853. (Götting. Gel. Anz. Jahrg. 1856. St. 124. 125.) Telting, De crim. ambitus et de sodaliciis apud Romanos. Gron. 1854. Zumpt, Crim.-Recht II. 2. S. 217 ff. S. 367 ff. Liv. IV. 25. VII. 15. XL. 19. Cic. de legg. III. 17. pro Muren. c. 23. 32. 34. pro Planc. c. 15. 16. Suet. Oct. c. 34. — Heinecc. Antiquitt. IV. 18. § 77—79. Roßhirt im neuen Arch. des Criminalrechts Bd. XI. S. 411 ff. — b) Crimen maiestatis. — Brugmans, De perduellionis ac maiestatis crimine apud Romanos. Amst. 1835. Zumpt, C.-R. II. 1. S. 376 ff. Rein, Crim.-Recht S. 493 ff. Rudorff II. § 111. Walter § 803. Weiske, Hochverrath und Majestätsverbrechen. Leipzig 1836. Geib, Deutsch. Strafr. I. S. 45—47. — Lex Cornelia maiestatis (673 u. c.). Cic. de orat. II. 25. 49. pro Cluent. c. 21. in Verr. I. 5. Val. Max. VIII. 6. § 4. Tac. Ann. I. 72. fr. 1. § 1. D. ad leg. Iul. maiest. (XLVIII. 4.) — Heinecc. l. c. IV. 18. § 46—49. Roßhirt a. a. O. S. 413 ff. — c) Crimen peculatus und crimen de residuis. — Rein, C.-R. S. 672 ff. Geib a. a. O. S. 50—52. Rudorff II. § 118. Walter § 813. **1694**. Pseudo-Ascon. in act. I. in Verr. p. 127. ed. Or. „Peculator autem est, qui furtum facit pecuniae publicae." Fest. v. Peculatus. „Peculatus est nunc quidem qualecunque publicum furtum, sed inductum est a pecore, ut pecunia quoque ipsa. Iam etiam noxii pecore multabantur, quia neque aeris adhuc, neque argenti erat copia." Liv. XXXVIII. 56. Heinecc. l. c. IV. 18. § 70. 71. Roßhirt a. a. O. S. 410.

2) Verbrechen gegen Einzelne. a) Sicarii und venifici. — Walter § 805. Rudorff II. § 112. und S. 372. Not. 10. Rein, C.-R. S. 407 ff. Geib, Deutsch. Strafr. I. S. 56. Zumpt, C.-R. II. 2. S. 9 ff. — Lex Cornelia de sicariis et veneficis. (673 u. c.) — Cic. pro Cluent. 54. Paull. V. 23. fr. 1. D. ad legem Corneliam de sicariis et veneficis (XLVIII. 8.) § 5. I. de public. iudiciis (IV. 18.) Heinecc. l. c. IV. 18. § 58. Roßhirt a. a. O. S. 423. Birnbaum, Ueber die Ansichten der Römer vom Verbrechen der Tödtung, im neuen Arch. des Criminalrechts Bd. XIV. S. 492 ff. — b) Parricidium. — Geib, Deutsch. Strafr. S. 54. Rein, C.-R. S. 455 ff. Zumpt, C.-R. II. 2. S. 10 ff. Walter § 805. Rudorff II. § 112. Osenbrüggen, Das altrömische parricidium. 1841. Paull. V. 24. fr. 1. D. de lege Pompeia de parricidiis (XLVIII. 9.) § 6. I. de publ. iudic. (IV. 18.) und hierzu die Noten in der Schrader'schen Ausgabe der Institutionen. Roßhirt a. a. O. S. 425. — c) Plagium. Geib, D. Strafr. S. 52. Rein, C.-R. S. 386 ff. Rudorff II. §. 117. Walter § 813. Mizerski, De crimine plagii. Berol. 1865. Paull. V. 30. 13. fr. 6. § 2. D. de lege Fabia de plagiariis (XLVIII. 15.) Roßhirt a. a. O. S. 427. — d) Iniuria. — Geib a. a. O. I. S. 55. Rein, C.-R. S. 354 ff. Rudorff II. § 107. Walter § 797. Huschke, Gaius S. 118 ff. — α) Das Edict der Prätoren. fr. 15. § 25. 26. D. de iniur. (47, 10.) Coll. II, 6. — Huschke a. a. O. S. 128 ff. Gai. III. § 220—25. Paull. V. 4. tit. I. de iniuriis (IV. 4.) und Schrader ad h. t. — β) Lex Cornelia de iniuriis. — fr. 12. § 4. D. de accus. (48, 2.) Zumpt, C.-R. II. 2. S. 39 ff. Rein, C.-R. S. 370. Huschke a. a. O. S. 143 ff. — γ) Die späteren Bestimmungen. fr. 5. § 10. 11. D. de iniur. (47, 10.)

3) Verbrechen gemischter Art. a) Crimen repetundarum. Rudorff II. § 120. Walter II. § 814. Rein, C.-R. S. 604. Geib a. a. O. I. S. 40—42. Zumpt, C.-R. II. 1. S. 131 ff. C. T. Zumpt, De legg. iudiciisque repetundarum in republica Romana. Comm. I. II. III. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XII. S. 136 ff. — Lex Calpurnia de repetundis (605 u. c.). Cic. Brut. 27. „L. Piso tribunus plebis legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manilio coss. tulit." Id. de offic. II. 21. Cic. de legg. III. 4. **1695**. Lex Acil. (Bruns, Font. p. 41.)

„Quoi ceivi Romano sociûmve no]minisve Latini exterarumve nationum, quoive in arbitratu dicione potestate amicitiave [populi Romani ... ab eo, quei dictator, consul, praetor, magister equitum, censor, aidilis, tribunus plebei, quaestor, IIIvir capitalis, IIIvir agris dandis adsignandis, tribunus militum] l(egionibus) IIII primis aliqua earum fuerit, queive filius eorum quoius erit, [queive] quoiusve pater senator siet, in annos singolos pequniae quod siet amp[lius HS..nummum..pro inperio prove potestate ipsei regive populove suo, parentive suo, queive in potestate manu mancipio suo parentisve sui siet fuerit, quo]ive ipse parensve suos filiusve suos heres siet, ablatum captum coactum conciliatum adversumve siet: de ea re eius petitio nominisque delatio esto, [praetoris quaestio esto, ioudicium ioudicatio leitisque aestumatio, queiquomque ioudicium ex h. l. erunt, eorum hace lege esto..]" — Paull. V. 28. fr. 1. D. de lege Iul. repetund. (XLVIII. 11.) Klenze, ad leg. Servil. p. XI. Heinecc. l. c. IV. 18. § 72—75. Roßhirt a. a. O. S. 406 ff. — b) Crimen vis. — Rudorff II. § 113. Walter § 808. Geib a. a. O. I. S. 47—50. Madai, Comm. iur. rom. de vi publica et privata. 1832. Rein, C.-R. S. 734 ff. — Lex Plotia s. Plautia (665 u. c.) und als Anhang zu derselben lex Lutatia (676 u. c.) Rein a. a. O. S. 738—740. Walter § 808. — Sall. Cat. 31. Cic. pro Cael. 1. Ascon. in Mil. p. 55. ed. Orell. — Lex Pompeia de vi (702 u. c.). Ein privilegium de singulis conceptum. Gell. X. 20. **1696.** Ascon. in Milonian. p. 37 ed. Orell. „.. Pompeius ... duas (sc. leges) ex SCo promulgavit, alteram de vi, qua nominatim caedem in Appia via factam et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppugnatam comprehendit; alteram de ambitu; poenam graviorem et formam iudiciorum breviorem." — Lex Iulia de vi publica und lex Iulia de vi privata. Wächter, Neues Arch. des Criminalrechts XIII. 1. S. 31 ff. Göttling, Röm. Staatsverf. S. 497. Drumann, Gesch. III. S. 622 ff. Rein, C.-R. S. 745 ff. [Ueber die Frage von wem, ob von J. Cäsar oder von Octavianus, diese Gesetze herrühren, ist Zweifel. Rein a. a. O. S. 742. Not. *).] Cic. pro Milon. c. 13. ad famil. VIII. 8. Paull. V. 26. — fr. 1. 3. D. ad leg. Iul. de vi publ. (XLVIII. 6.) § 2. I. de usucap. (II. 6.) § 8. I. de public. iudic. (IV. 18.) Schrader ad h. l. Heinecc. l. c. IV. 18. § 66—69. — c) Crimen falsi. — Zachariä, Corn. Sulla II. S. 134. Walter § 812. Rudorff II. § 116. Geib, C.-R. I. S. 53—55. Rein, C.-R. S. 774 ff. Lex Cornelia de falsis (673 u. c.). (Nach den einzelnen Capiteln auch als lex testamentaria, lex nummaria genannt.) Die Litteratur über dieses Gesetz bei Rein S. 777. Not. **). — Cic. in Verr. I. 42. de nat. deor. III. 30. Tac. Ann. XIV. 40. Paull. IV. 7. § 1. 2. Cic. pro Cluent. c. 55. 56. Paull. V. 25. tit. D. ad leg. Cornel. de falsis (XLVIII. 10.) § 7. I. de publ. iudic. (IV. 18.) Schrader ad h. l. Heinecc. l. c. IV. 18. § 63—65. — d) Crimen adulterii und stupri. — Geib a. a. O. I. S. 57—60. Rein, C.-R. S. 835 ff. Walter § 811. Rudorff II. § 114. Lex Iulia de adulteriis (736 u. c.). Rein S. 839 ff. — § 4. I. de iudic. publ. (IV. 18.) Suet. Octav. 34. Dio Cass. LIV. 16. Tac. Ann. III. 24. Paull. II. 26. tit. D. ad legem Iul. de adulter. (XLVIII. 5.) — Lex Scatinia de nefanda venere (526 u. c.). Cic. Phil. III. 6. ad famil. VIII. 12. 14. Quinct. Institt. orator. IV. 2. — Lex Peducaea de incestu (641 u. c.). Cic. de nat. deor. III. 30. — Heinecc. l. c. IV. 18. § 51. Roßhirt a. a. O. S. 419 ff.

II) Strafen. — Walter § 819—827. Rudorff II. § 123—126. Geib, C.-R. I. § 11. Rein, C.-R. S. 286 ff. 913 ff.

1) Capitalstrafen. fr. 103. D. de V. S. (50, 16.) — a) Todesstrafen. — Stäupen bis zum Tode. Liv. II. 55. Suet. Nero c. 49. — Praecipitatio de rupe. fr. 25. § 1. D. de poen. (48, 19.) Gell. XX. 1. Liv. VI. 20. „damnatum tri-

buni de saxo Tarpeio deiecerunt." — Erdrosseln im Gefängniß (laqueus). Val. Max. V. 4. § 7. Sall. Catil. 55. — Enthauptung. Liv. II. 5. X. 1. 9. — Lebendig Verbrennen. Liv. III. 53. Diodor. XII. 25. — Kreuzigung. Cic. in Verr. V. 6. Liv. XXX. 43. Dion. V. 51. Paull. V. 17. § 3. V. 22. § 1. — Verurtheilung zum Gladiatorenkampf. (Damnatio ad gladium.) Paull. V. 17. § 3. „Sane qui ad gladium dantur, intra annum consumendi sunt." c. 1. C. Th. ad leg. Fab. (9, 19.) — b) Freiheitsstrafen. — Damnatio ad metallum und in opus metalli. fr. 8. § 6. D. de poenis. (48, 19.) „Inter eos autem, qui in metallum, et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod, qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus." fr. 8. § 11. fr. 12. D. eod. (48, 19.) — Aquae et ignis interdictio. Cic. pro Mur. 23. Dio XXVII. 29. Walter § 823. — Deportatio. fr. 1. § 8. D. de B. P. c. t. (37, 4.) v. Holtzendorff, Die Deportationsstrafe im röm. Alterthum. 1859. — Servitus poenae. (S. § 107.) — Damnatio in opus publicum. fr. 17. § 1. fr. 28. § 6. D. de poenis. (48, 19.)

2) Nichtcapitale Strafen. — Gefängniß. fr. 1. § 4. D. de aleat. (11, 5.) fr. 216. 224. D. de V. S. (50, 16.) — Relegatio. — fr. 7. pr. fr. 19 pr. D. de interd. et releg. (48, 22.) Walter § 825. — Ehrenstrafen. — Infamia. Walter § 826. Rudorff II. S. 415. 416. v. Savigny, Syst. II. S. 189 ff. (Beilage VII.) Karlowa, Zeitschr. für Rechtsgesch. IX. S. 204 ff. Cic. pro Cluent. 42. 43. Frag. Vat. 322. 324. fr. 1. 3. pr. De de his qui not. (3, 2.) fr. 103. D. de V. S. (50, 16.) Fragm. Vat. § 320. fr. 7. D. de publ. iud. (48, 1.) — Improbus intestabilisque. Gell. VI. 7. XV. 3. — § 6. I. de testam. (2, 10.) — Multae. (S. oben § 190.)

## §. 196.

## III. Das Strafrecht der Kaiserzeit.

1) Das Verfahren war unter der Regierung der Kaiser in seiner äußeren Erscheinung bei weitem weniger verändert, als man den Veränderungen in seinem inneren Wesen gemäß zu glauben bereit sein möchte. Die eigentlichen Volksgerichte, die iudicia publica im engsten Sinne des Wortes, jene Entscheidungen der Capitalverbrechen vor den Centuriatcomitien kamen höchst wahrscheinlich schon unter August, durch dessen lex Iulia iudiciorum publicorum, gänzlich außer Gebrauch. Sämmtliche ehemals vor diesen Gerichten verhandelte Verbrechen wurden von nun an im Wege der quaestiones perpetuae und unter den bei diesen vorgeschriebenen Formen untersucht und beurtheilt; so daß von diesem Zeitpunkte an die in den quaestionibus perpetuis eingeführte Theilung des Verfahrens zwischen dem Magistrate und den iudices als das eigentlich regelmäßige Verfahren, ordo iudiciorum publicorum, angesehen wurde. Insofern diese quaestiones perpetuae nun ihrer eigentlichen Grundlage nach nichts anderes waren, als iudicia populi s. publica (Birnbaum im Neuen Arch. des Criminalrechts Bd. VIII. S. 655. Not. 201.), werden sie selbst auch iudicia publica genannt. Auch diese quaestiones perpetuae sind schon zu Caracalla's Zeit spurlos verschwunden (Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren. Heidelberg 1832. Abth. I. S. 46.), nach Klenze schon in der ersten Kaiserzeit auf den Senat übertragen. (Plin. Epist. II. 11. 12. IV. 9. Tac. Ann. III. 17. Klenze, Prolegom. ad leg. Servil. p. XVI.) (Gegen dieses von Klenze so früh angenommene Verschwinden sprechen aber freilich eine Menge Stellen: Tac. Ann. I. 75. VI. 16. XIV. 41. Capitolin. in Marc. Antonin. c. 24. Dirksen, Civ. Abhandl. Bd. I. S. 173.) Geib, Lehrb. des deutsch. Strafrechts. I. S. 77 ff. Ders., Criminalproc. S. 402 ff. Luden, Abhandl. aus dem Strafr. I. S. 177 ff. Platner,

Quaestiones de iure criminum romano praesertim de criminibus extraordinariis. Marb. 1842. Richter's Jahrb. XIII. S. 45 ff.

Noch während des Bestehens der quaestiones perpetuae aber wurden ausnahmsweise gewisse Verbrechen z. B. expilatae hereditatis, stellionatus etc. von den Magistraten und den kaiserlichen Beamten ohne Zuziehung jener selecti iudices untersucht und arbiträr gestraft, extra ordinem sc. iudiciorum publicorum d. h. durch extraordinaria cognitio, bei welcher vom Anfange der Untersuchung bis zur Execution des Urtheils das ganze Verfahren in den Händen des Magistrats oder des kaiserlichen Beamten blieb, so daß in dieser Beziehung sich iudicia publica und crimina extraordinaria entgegenstanden. Der Ausdruck „extra ordinem cognoscere“ wurde aber besonders während der Kaiserzeit auch noch in einer andern Bedeutung angewendet. Einige untersuchende Richter, vorzüglich der praefectus urbi (fr. 1. D. de offic. praef. urbi I. 12. „Omnia omnino crimina sibi vindicavit“), hatten nämlich auch außer dem den Gesetzen gemäß als competent aufgestellten Richter das Recht Verbrechen vor sich zu ziehen und zu bestrafen. Mochten diese nun auch in der gewöhnlichen Form untersuchen und nach dem gesetzlichen Maße strafen, so wurde dennoch, weil sie dem ursprünglichen Gesetze nach nicht competent waren, von ihnen gesagt: extra ordinem ius dicunt. (Birnbaum a. a. O. Bd. VIII. S. 676 ff.) Als unter Alexander Severus die Criminaljurisdiction für Rom und Italien auf den praefectus urbi überging, verfuhr dieser stets extra ordinem in der zuerst angegebenen Bedeutung dieser Worte bei allen ihm vorgelegten Untersuchungen. Dirksen a. a. O. S. 175. Es konnte also in diesen Fällen von einer Unterscheidung eines iudicium publicum und einer extraordinaria cognitio, welche ursprünglich auf der Verschiedenheit der Form des Verfahrens beruhte, natürlich keine Rede mehr sein. Dennoch hielt man jene jetzt nur noch historische Unterscheidung fest und nannte diejenigen Criminalprocesse, welche früher in Folge besonderer leges in der Form der quaestiones perpetuae untersucht und abgeurtheilt worden waren, auch jetzt noch „iudicia publica“ im Gegensatz zu den schon ehedem extra ordinem untersuchten und abgeurtheilten Criminalfällen, den criminibus extraordinariis. fr. 1. D. de public. iudic. (XLVIII. 1.) fr. 15. § 1. D. ad SCum Turpill. (XLVIII. 16.). Dieselbe rein historische Abtheilung behielt man aber auch später bei, als nirgends im ganzen Reiche mehr jener alte ordo iudiciorum publicorum beobachtet wurde. (fr. 8. D. de iudic. publ. XLVIII. 1. Macer: „Ordo exercendorum publicorum iudiciorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, quum extra ordinem crimina probantur.“)

Das Verfahren selbst war im Ganzen noch das im zweiten Zeitraume beschriebene. Der Ankläger — denn auch jetzt noch lag dem ganzen Criminalverfahren die Form des accusatorischen Processes (wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter) zu Grunde — überreichte seinen libellus accusationis. **1697.** fr. 3. pr. D. de iudic. public. XLVIII. 1. „Libellorum inscriptionis conceptio talis est: Consul et dies; apud illum praetorem vel proconsulem Lucius Titius professus est, se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Caio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse. Utique enim locus designandus est........; hoc enim lege Iulia publicorum cavetur, et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt.“ Zugleich mußte der Ankläger „in crimen subscribere“, wodurch sich derselbe verbindlich machte, im Falle er als bloßer calumniator erschiene, eine Strafe zu erleiden. **1698.** c. 17. C. de accusatt. IX. 2. v. J. 423 p. Chr. „Accusationis ordinem iam dudum legibus institutum servari iubemus, ut, quicunque in discrimen capitis arcessitur, non statim reus, qui accusari potuit, existimetur, ne subiectam innocentiam feriamus. Sed quisquis ille est, qui crimen intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, vinculum inscriptionis arripiat, habita tamen dignitatis aestimatione patiatur, nec impunitam fore noverit licentiam mentiendi, quum calumniantes ad vindictam poscat similitudo supplicii.“ —

1699. fr. 7. pr. D. eod. XLVIII. 2. „Si cui crimen obiiciatur, praecedere debet in crimen subscriptio; quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, quum sciat, inultam sibi accusationem non futuram. § 1. Cavent itaque singuli, praeterea quod crimen obiiciant, et perseveraturos se in crimine usque ad sententiam." Birnbaum a. a. O. Bd. IX. S. 358 ff. Klenze, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IX. S. 56 ff. Rec. in Richter's Jahrb. Jahrg. 1837. S. 151 ff. Fanden sich mehrere Ankläger, so wählte, nach vorgängiger Erwägung der Umstände, der Richter einen derselben aus, welcher die Anklage übernehmen sollte. (fr. 16. D. de accusatt. XLVIII. 2.) Hieran schloß sich dann an einem vom Richter festgesetzten Tage die Durchführung der Anklage und die Vertheidigung des Angeklagten, beides öffentlich und mündlich, und schloß dann nach geführtem Beweise mit der Verurtheilung oder Absolution des Angeklagten. (c. 16. C. de poenis IX. 47.) (Ein klares Bild des Verfahrens gibt der von Degen, im Neuen Arch. des Criminalrechts Bd. VII. S. 596 ff. aus dem Agathias übersetzte Criminalproceß bei den Colchiern, wegen der Ermordung des Königs Gubages vor dem von Justinian als Commissarius abgeschickten Senator Athanasius.)

Zweierlei wesentliche Veränderungen des ursprünglichen Geistes der römischen Strafrechtspflege finden sich im gegenwärtigen Zeitraume, theils nämlich das Recht der höheren Beamten leichtere Vergehen de plano zu untersuchen und zu bestrafen, 1700. (fr. 6. D. de accusatt. XLVIII. 2. Ulpian.: „Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet, et vel liberare eos, quibus obiiciuntur, vel fustibus castigare vel flagellis servos verberare"), theils aber die Spuren eines inquisitorischen Verfahrens. Binding, De natura inquisitionis processus criminalis Romanorum praesertim eo tempore, quo ordo iudiciorum publicorum in usu esse desiit. Heidelb. 1864. Sanio, De iurisprud. Romanorum formularia in iure criminum haud negligenda. Spec. I. Regiom. 1862. p. 4 ss. Erst in der Kaiserzeit hatten der praefectus urbi und der praefectus vigilum, so wie die Provinzialobrigkeiten die Pflicht auch ohne Anklage bestimmte Verbrechen zu verfolgen und in rei veritatem inquirere. (fr. 3. 13. D. de offic. praes. I. 18. Nov. 128. c. 21. — c. 10. C. de episcop. I. 3. c. 7. 14. C. de accusatt. IX. 2.) Die Unterbeamten, welche zu diesem Zwecke unter dem Namen stationarii, nuntiatores, irenarchae angestellt waren, hatten die Verbrecher zu verhaften, vorläufig zu vernehmen und mit Bericht (notorium, elogium) an die Oberbehörde abzuliefern. (fr. 6. § 3. D. ad SCum Turpill. XLVIII. 16.) Fr. Aug. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornen-Gerichte. Leipz. 1827. S. 13. Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Processes. Königsb. 1833. S. 20—23.

2) Die richtenden Behörden.

a) Die Beamten. — Rudorff II. § 104. Walter § 838. 839. Während in den beiden Hauptstädten des Reiches, Rom und Constantinopel, die Capitalverbrechen den praefectis urbi zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen waren (c. 1. C. de offic. praef. vig. I. 43.), hatten in den Provinzen die praesides die peinliche Gerichtsbarkeit und erst unter Justinian war den Defensoren gestattet leichtere Verbrechen selbst zu bestrafen. Dio Cass. LIII. 14. fr. 6. § 8. D. de offic. praef. I. 18. Nov. 15. c. 6. Gothofr. ad c. 1. C. Th. ne sine iussu. IX. 41. v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts. Ausg. 2. Bd. I. S. 89 ff. (Ausg. 1. Bd. I. S. 63 ff.)

b) Der Senat. So zahlreiche Beispiele sich auch von der Ausübung der Criminaljurisdiction des Senates in der Kaiserzeit vorfinden, so läßt sich dennoch eine scharfe Gränze der Competenz desselben nicht ermitteln, da die Individualität der einzelnen Kaiser bald dieselbe erweitert, bald beschränkter erscheinen läßt. (Tac. Ann. XIII. 48. Histor. IV. 45. Suet. Calig. c. 2. 3. Plin. Epist. VIII. 14. Dirksen a. a. O. S. 183.) So viel allein läßt sich mit Bestimmtheit annehmen, daß in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit dem

Senate verfassungsmäßig die ausschließliche Criminaljurisdiction hinsichtlich der Capitalverbrechen seiner eigenen Mitglieder zustand und er neben den eigentlichen iudiciis publicis eine concurrente Jurisdiction in einer nicht unbedeutenden Zahl von Verbrechen ausübte, namentlich bei eigentlichen Staatsverbrechen, so wie bei Verbrechen gegen den Kaiser und wegen der von den Provinzialmagistraten in ihrer Amtswirksamkeit begangenen Vergehungen. (Dio Cass. LII. 31. 32. Tac. Ann. III. 49. 50. 51. Dirksen a. a. O. S. 156 ff.) Schon zur Zeit Ulpian's läßt sich aber annehmen, daß die Criminaljurisdiction des Senats alle practische Bedeutung verloren hatte, und die späteren Kaiser bedienten sich nur noch einzelner Senatoren als besonderer Commissarien in Fällen, welche der Competenz der Kaiser zufielen. (Dirksen a. a. O. S. 184. 185.) Das Verfahren vor dem Senate begann unter dem Vorsitze und der Leitung der Consuln mit der gewöhnlichen postulatio von Seiten des Anklägers, worauf dann die Abstimmung in der gewöhnlichen Weise geschah, während das Erkenntniß wahrscheinlich außerhalb des Senates durch einen Quästor dem Angeklagten publicirt wurde. (Plin. Epist. II. 11. 12. V. 20. VII. 6. Tac. Ann. III. 22. 23. VI. 4. XI. 4. XVI. 34. 35. Dirksen a. a. O. S. 186 ff.)

c) Der Kaiser. Das Recht desselben die Untersuchung und Bestrafung aller Verbrechen sogleich an sich zu ziehen und mittels einer extraordinaria cognitio, sei es in eigener Person oder durch besondere Commissarien, abzumachen, ist so unbeschränkter und willkürlicher Natur, daß von einem bestimmten Ressort und von Competenzverhältnissen anderen Behörden gegenüber keine Rede sein kann. Nur insofern sich die Kaiser die Bestrafung der Verbrechen bestimmter Personen ausschließlich vorbehalten hatten und rücksichtlich der Appellationen an den Kaiser, welcher die höchste Appellationsinstanz des Reiches bildete, kann ein bestimmter Umfang der kaiserlichen Criminaljurisdiction angenommen werden. Dio Cass. LII. 22. 24. 33. c. 3. C. ubi senator. III. 24. — Tac. Ann. XIV. 28. c. 23. C. Th. de appell. (XI. 30.) fr. 21. pr. § 1. D. de appell. (XLIX. 1.) c. 35. C. eod. (VII. 62.) Nov. 82. c. 12.

3) Verbrechen und Strafen: a) Verbrechen: (§ 195.) Paull. sent. rec. V. 29. tit. de extraordin. crim. (XLVII. 11.) — b) Strafen. — Daude, De capitis poenis iure Iustinianeo. Berol. 1871. Damnatio ad opus publicum. fr. 17. pr. fr. 28. D. de poenis. (XLVIII. 19.) (Der Gegensatz des servus poenae und servus publicus fr. 8. § 11. D. eod. XLVIII. 19. und Ulp. XX. 16. „Servus publicus populi Romani partis dimidiae testamenti faciendi habet ius.") — Damnatio ad bestias. Paull. V. 17. § 2. c. 1. C. Th. ad leg. Fabiam (IX. 18.) — Deportatio. v. Holtzendorff, Die Deportationsstrafe im röm. Alterthum hinsichtlich ihrer Entstehung und rechtsgeschichtl. Entwickelung. Leipzig 1859. S. 133 ff. Sie wurde stets in perpetuum, sowie mit Verweisung an einen bestimmten Ort und Confiscation des Vermögens, ausgesprochen und entzog alle Rechte der Civität. fr. 17. § 1. D. de poenis. (XLVIII. 19.) c. 8. C. de bonis damnat. (IX. 49.) — Relegatio: War die Verweisung von einem bestimmten Orte und meist nur temporär. Der Relegirte verlor seine Civitätsrechte nicht, und höchstens wurde ausnahmsweise ein Theil seines Vermögens eingezogen. fr. 1. 4. 14. 18. § 1. D. de interd. et releg. (XLVIII. 22.) Lachmann, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI. S. 115. 116. — In antliam condemnare. Suet. Tib. 51. Die Verurtheilung ein Wasserschöpfrad zu treten.

# Register.

Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten, die mit einem * bezeichneten auf die Seiten des zweiten Theiles.

## H.



## I.



## K.



## L.





